

BETYDNINGEN AV AS-IS KLAUSULER VED OVERDRAGELSE AV FAST EIENDOM

Kandidatnr: 218

Veileder: Olav Kolstad

Leveringsfrist: 25. April 2005

Til sammen 15 920 ord

20. april 2005

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	OPPGAVENS PROBLEMSTILLING, TEMA OG BAKGRUNN	1
1.2	DEN VIDERE FREMSTILLINGEN	3
1.3	METODE	3
<u>2</u>	<u>EN GENERELL PRESENTASJON AV AVHENDINGSLOVEN § 3-9 OG VIRKEOMRÅDET FOR BESTEMMELSEN</u>	<u>5</u>
2.1	INNLEDNING	5
2.2	TOLKNINGSSPØRSMÅL OMKRING AS-IS KLAUSULER OG § 3-9	6
2.2.1	”LIKNAVDE ALLMENT ATTERHALD”	7
2.2.2	ATYPISKE MANGLER	8
2.2.3	AS-IS KLAUSULENS PLASSERING	9
2.2.4	KONTRAKTER SOM INNEHOLDER BÅDE ET KONKRET OG ET GENERELT FORBEHOLD	10
2.3	§ 3-9S FORHOLD TIL GENERALKLAUSULEN I AVTALELOVEN § 36	11
<u>3</u>	<u>GENERELLE FORBEHOLDS INNVIRKNING PÅ SELGERS OPPLYSNINGSPLIKT ETTER AVHENDINGSLOVEN</u>	<u>12</u>
3.1	INNLEDNING	12
3.2	AS-IS KLAUSULENES INNVIRKNING PÅ SELGERS PLIKT TIL POSITIVT Å GI OPPLYSNINGER OM EIENDOMMEN	13
3.3	GENERELLE FORBEHOLDS INNVIRKNING PÅ PLIKTEN TIL Å GI KORREKTE OPPLYSNINGER	18
<u>4</u>	<u>VESENTLIGHETSVURDERINGENS FORHOLD TIL REGLERNE I KAP.3</u>	<u>20</u>

4.1	INNLEDNING	20
4.2	VESENTLIGHETSVURDERINGENS KVALITATIVE MOMENTER	21
4.2.1	VESENTLIGHETSKRAVETS FORHOLD TIL AVHENDINGSLOVENS § 3-1 (1)	21
4.2.2	BAKGRUNNSRETTENS HOVEDBESTEMMELSES Plass i VESENTLIGHETSVURDERINGEN	22
4.2.3	VESENTLIGHETSVURDERINGENS FORHOLD TIL FORSKRIFTSMANGLENE	25
4.2.4	VESENTLIGHETSVURDERINGENS FORHOLD TIL BESTEMMELSEN OM AREALSVIKT	27
4.2.5	FORHOLDET MELLOM GENERELLE FORBEHOLD OG TILBEHØRSMANGLER	29
4.3	FORHOLDET MELLOM VESENTLIGHETSKRAVET OG KJØPERS UNDERSØKELSESPLIKT	31
4.4	VESENTLIGHETSVURDERINGENS KVANTITATIVE MOMENTER	35
4.4.1	INNLEDNING	35
4.4.2	KJØPESUMMEN	35
4.4.3	UTBEDRINGSKOSTNADENE	36
4.4.4	ANDRE KVALITATIVE FORHOLD	38
4.5	BETYR "VESENTLIG" DET SAMME ETTER ALLE BESTEMMELSENE I AVHENDINGSLOVEN?	39
4.5.1	INNLEDNING	39
4.5.2	ER VESENTLIGHETSVURDERINGEN I § 3-3 DEN SAMME SOM I § 3-9 2. PUNKTUM?	39
4.5.3	ER VESENTLIGHETSVURDERINGEN DEN SAMME ETTER § 3-9 SOM ETTER § 4-13?	41
<u>5</u>	<u>OPPSUMMERING</u>	<u>44</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>46</u>
<u>7</u>	<u>DOMSREGISTER</u>	<u>47</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling, tema og bakgrunn

Fremstillingens siktemål er å belyse problemstillinger knyttet til bruken av as-is klausuler i avtaler om avhendelse av fast eiendom.

Lov av 3. juli 1992 nr. 93, heretter kalt avhendingsloven, regulerer de fleste salg av fast eiendom. Lovens § 1-1 tar for seg dens virkeområde. De viktigste skranker er at loven for, det første, ikke regulerer forbrukeres avtale om oppføring av nye hus. I de tilfelle, gjelder lov av 13. juni 1997 nr.43, (Bustadoppføringslova). I tillegg gjelder den ikke dersom boligen selges på tvangssalg.

As-is klausuler er generelle forbehold hvor, debitor ønsker å frasi seg enhver risiko for ytelsens egenskaper. De konkrete forbehold derimot er klausuler, der man eksplisitt nevner de forhold man ikke ønsker å hefte for.

Generelle forbehold benyttes i stor utstrekning i Norge, særlig ved bruktkjøp, ofte i den tro at selger dermed er fri for ethvert ansvar knyttet til eiendommens beskaffenhet. På den måten vil kjøper således være avskrevet fra å gjøre kontraktsbruddsanksjoner gjeldende.

En eiendom som er solgt as-is, kan logisk sett ikke ha en mangel, fordi det følger av avtalen at man har tatt den nøyaktig slik den fremsto på avtaletidspunktet.

Spørsmålet blir om dette er rettstilstanden i norsk rett. Kan kreditor, på tross av en as-is klausul, likevel ha mangelskrav mot debitor? Hvis så er tilfelle, er det da i praksis noen reell forskjell på rettsvirkningene av avtaler med og uten generelle forbehold?

Hovedregel når det gjelder mangler etter avhendingsloven, (når avtalen ikke inneholder et generelt forbehold), er at det foreligger et kontraktsbrudd ved avvik fra partenes avtale, jf. § 3-1 (1). Hva som utgjør et avvik, må klargjøres gjennom vanlig avtaletolkning, hvor ordlyd, partenes forutsetninger og reelle hensyn er noen av tolkningsmomentene. I tillegg må det være et avvik som debitor har risikoen for. Dette er den normale totrinnsvurderingen en må foreta i kontraktsretten, for å finne ut om man har å gjøre med

en mangel.¹ Ved et generelt forbehold, har debitor et ønske om å overføre all risiko til kjøper. Om han lykkes med å frasi seg risikoen, vil det med andre ord ikke være tale om en mangel. Spørsmålet blir om norsk rett tillater en slik avtaleregulert risikoplassering i enhver situasjon. Dersom dette tillates, vil det bety en stor forskjell i rettsvirkningene mellom avtaler som har generelle forbehold, og de som ikke inneholder noen ansvarsfraskrivelse.

Svaret på spørsmålet om en fullstendig ansvarsfraskrivelse godtas i ethvert tilfelle er imidlertid nei. Allerede før vi fikk avhendingsloven, var Høyesterett klar på at den ikke ville godta all ansvarsfraskrivelse ved mer fundamentale mangler, jf. Rt. 1935 side 497 og Rt.1969 side 679. I disse dommene, underkjente Høyesterett klausuler som ville ha medført at kreditor ikke ville ha blitt innrømmet noen mangelskrav, selv ved betydelige kontraktsbrudd. Retten godkjente heller ikke grov uaktsomhet med henhold til opplysninger omkring eiendommen, jf. Bl.a. Rt.1926 side 712.

Etter at vi fikk avhendingsloven, kan det følge av den enkelte bestemmelse at et generelt forbehold ikke vil bli respektert. For det første, følger det av § 1-2 (2) at enkelte av lovens bestemmelser er gjort ufravikelige i forbrukerkjøp. Eksempler på dette er §§ 3-3 og 3-9. I disse tilfellene, er det helt klart at det ikke vil bli noen ulikhet mellom avtaler med og uten generelle forbehold.

For det andre, har avhendingsloven en egen bestemmelse, § 3-9, som i de fleste tilfelle regulerer mangelsvurderingen ved as-is kontrakter, eller kontrakter med lignende forbehold. Avhendingsloven legger altså opp til at det er to ulike bestemmelser, som skal regulere mangelsvurderingen, alt ettersom det er tatt generelle forbehold eller ei: Bestemmelsen i § 3-1 (1) ved konkrete forbehold, eller for avtaler uten ansvarsfraskrivelse. Og § 3-9 dersom avtalen inneholder et generelt forbehold. Loven legger på den måten opp til en formell forskjell mellom avtaler med og uten generelle forbehold. Det samme gjør forarbeidene, Ot. Prp. nr. 66 1990-1991. (Med unntak av for arealsvikt).

Vi har allerede sett ovenfor, at preseptoriske bestemmelser i forbrukerkjøp, ikke medfører ulike følger av at der er tatt et forbehold eller ei. Dette fordi lovgiver på området ikke godtar fravikelse fra mangelsbestemmelsene.

Spørsmålet blir om det, på tross av den formelle forskjell lov og forarbeider legger opp til, finnes situasjoner, også utenfor de preseptoriske bestemmelsene, hvor det reelt sett ikke vil

¹ Hagstrøm *Obligasjonsrett*. Side 314

bli noen forskjell i mangelsvurderingen, selv med et as-is forbehold i kontrakten. Fremstillingen nedenfor vil forsøke å belyse denne problemstillingen nærmere.

1.2 Den videre fremstillingen

I den videre fremstillingen, vil jeg først behandle virkeområdet for bestemmelsen i § 3-9. I den forbindelse er det naturlig å komme inn på tolkningen av as-is klausuler. Dette fordi man på den måten, lettere ser hvilke mangelsbestemmelser som kommer til anvendelse på de ulike forhold. Dette vil øke forståelsen med tanke på oppgavens problemstilling. Hvilken mangelsbestemmelse som regulerer et konkret forhold, vil ofte få betydning for rettsvirkningene avtalen medfører for partene.

Deretter vil § 3-9 1. punktum bli behandlet, idet denne bestemmelsen innebærer relativt mer oversiktlige og sikre drøftelser enn 2. punktum.

Når så spørsmålene med henhold til 1. punktum er oppryddet, vil de mer komplekse vurderingene i § 3-9 2. punktum bli behandlet. Jeg ser det som hensiktsmessig å dele disse drøftelsene av vesentlighetskravet inn i tre: den kvalitative delen, kjøpers undersøkelsesplikt og til slutt den kvantitative delen.

1.3 Metode

Jeg har benyttet meg av den tradisjonelle kontraktrettslige juridiske metode. Hvilket vil si at jeg har tatt for meg rettskildefaktorene; lovtekst, forarbeider, juridisk teori, alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper, høyesterettsdommer, lagmannsrettsdommer og reelle hensyn. Deretter er disse faktorene tolket, både i vid og snever forstand, hvilket betyr at de først er tolket hver for seg, for så deretter å bli tolket i lys av hverandre. Når det gjelder de enkelte faktorerers vekt, har jeg også benyttet meg av tradisjonelle prinsipper. I avveiningen av faktorene mot hverandre, har faktorenes egenvekt vært utslagsgivende. Når det gjelder tolkningen av avhendingsloven § 3-9, har de aller fleste saker endt i lagmannsretten. Det finnes kun én dom fra Høyesterett om tolkningen av denne bestemmelsen,

Rt. 2002 side 1425, den såkalte Bukkebo-dommen. Dette har fått betydning i to henseende. For det første vil en relativt ny dom fra Høyesterett, som i tillegg er enstemmig og relativt grundig, måtte tillegges stor vekt. Noe jeg også har gjort i mine drøftelser. Førstvoterende sier også selv at retten behandler spørsmål av prinsipiell interesse, jf. side 1431. Etter tradisjonell rettskildelære har prinsipielle dommer stor egenvekt. Ristvedt tillegger rettens

utsagn den betydning at hele dommen er prinsipiell.² Uttalelsen på side 1431 kom imidlertid i forbindelse med spørsmålet om fordelingen av saksomkostninger, slik at man vanskelig kan si at hele dommen er prinsipiell. Dessuten er begrunnelsen i dommen nært knyttet til de konkrete fakta i saken, hvilket er det vanlige for dommer på kontraktrettens område. Der dommen er prinsipiell og må tillegges stor vekt, er i forhold til tolkningen av bestemmelsen i § 3-9.

For det andre, har mangelen på høyesterettspraksis nok kanskje ført til at jeg har tillagt lagmannsrettsdommer større vekt enn vanlig i metodelæren, hvor rettskildeverdien av underrettspraksis er noe omstridt. Som nevnt foreligger det en mengde lagmannsrettsdommer omkring avhendingsloven § 3-9. Massivitet er et særtrekk som gir en faktor vekt.³ I tillegg er det på det rene at på områder hvor dommer sjeldent påankes videre, kan de lavere domstolers praksis bli bestemmende for rettstilstanden innen deres respektive distrikter.⁴ Det er et sikkert prinsipp at vekten av en rettskilde vil bero i stor utstrekning på det rettskildemateriale en ellers har. Dette gjelder også innenfor kontraktsretten.⁵

² Ristvedt side 85

³ Bo side 188

⁴ Echhoff side 162

⁵ Hagstrøm *Obligasjonsrett*. Side 56

2 En generell presentasjon av avhendingsloven § 3-9 og virkeområdet for bestemmelsen

2.1 Innledning

Som sagt ovenfor, regulerer avhendingsloven § 3-9 som hovedregel mangelsvurderingen der partene har benyttet as-is klausuler. Den vil kunne føre til at debitor blir ansvarlig for en mangel, på tross av en as-is klausul.

Skranken for bestemmelsens anvendelse, finner vi bl.a. i avhendingsloven § 1-1. Av denne bestemmelsen følger det at § 3-9 gjelder både for salg av bolig og fritidseiendommer, i tillegg til næringsbygg. Høyesterett kom i Rt. 1982 side 1357 til at bestemmelsen også gjelder nyoppførte næringsbygg. Det har imidlertid vært hevdet i juridisk teori at as-is klausuler ikke kan tillegges betydning ved salg av ny bolig eller fritidseiendom, og at § 3-9 dermed ikke får noen betydning for kjøpers rett til å gjøre mangelsinnsigelser gjeldende i disse tilfellene.⁶

Det følger av forarbeidene at anvendelsen av § 3-9 ikke forutsetter noe klanderverdig forhold fra selgers side.

Bestemmelsen er preseptorisk i forbrukerkjøp jf. § 1-2 (2), og har følgende ordlyd:

”Endå om egedomen er selt som han er, eller med liknande atterhald, har egedomen likevel mangel der dette følger av §§ 3-7 og 3-8. Egedomen har også mangel dersom han er i vesentlig ringare stand enn kjøparen hadde grunn til å rekne med ut frå kjøpesummen og tilhøva elles.”

Vi ser av regelen at den inneholder både kumulative og alternative vilkår. Grunnvilkåret er at vi har å gjøre med de generelle ansvarsfraskrivelsene, og ikke de konkrete. Det følger også av ordlyden at grunnvilkåret er kumulativt med ett av tre alternative vilkår: nemlig ved manglende eller uriktige opplysninger, og hvor mangelen vil representere et vesentlig kontraktsbrudd. Dersom grunnvilkåret og ett av de alternative vilkår er oppfylt, vil § 3-9 tolke et generelt forbehold innskrenkende, og altså innrømme kreditor mangelsinnsigelser.

⁶ Bergsåker side 186

Det er imidlertid ikke klart hva som utgjør et generelt forbehold i avhendingslovens forstand. Ei heller hva som for eksempel utgjør en vesentlig mangel. Både lovteksten og as-is klausulene må tolkes. Hva som ligger i opplysningspliktsbestemmelsene og vesentlighetskriteriet, vil bli behandlet i egne punkter nedenfor. Her vil jeg konsentrere drøftelsen omkring tolkningen av lov og klausuler som får betydning for vurderingen om grunnvilkåret er oppfylt: Når har vi å gjøre med en klausul som reguleres av § 3-9? Med andre ord, hva er virkeområdet for bestemmelsen.

2.2 Tolkningsspørsmål omkring as-is klausuler og § 3-9

Forarbeidene til avhendingsloven, Ot.prp. nr. 66 1990-1991, sier eksplisitt at generelle forbehold må tolkes. Metodelæren i kontrakt, anser kontrakten som en viktig rettskilde innenfor obligasjonsretten.⁷ Alle rettskildene skal tolkes, ikke bare lovteksten.

Noen ganger er tolkningen en enkel prosess, det foreligger kun ett tolkningsalternativ, slik at det umiddelbart vil fremkomme av kontrakten hvilken mening vilkårene skal tillegges. Ett eksempel er der en avtale henviser uttrykkelig til avhendingsloven § 3-9, eller gjengir dens ordlyd. Da vil det være temmelig klart at vi har å gjøre med et as-is forbehold.⁸ I de fleste tilfelle foreligger det dog flere tolkningsalternativer, og da vil tolkningsprosessen være atskillig mer komplisert.

I norsk kontraktsrett hersker den objektive tolkningsteori, se for eksempel Rt. 1980 side 84. Selvig uttrykker tolkningsproblematikken på følgende måte: ”Målet med tolkningen er å finne frem til den objektivt sett rimelige og fornuftige meningen med kontraktens bestemmelser”.⁹ Prinsippet om objektiv tolkning må modifiseres dersom partene har en felles forståelse av avtalen.

Når man tolker generelle forbehold, benytter man seg av de vanlige tolkningsmomenter som gjelder innenfor avtaleretten. Avtalens ordlyd, partenes forutsetninger, formålet med avtalen, reelle hensyn m.v., kan være momenter som hjelper til med å finne rett tolkningsalternativ.

⁷ Hagstrøm *Obligasjonsrett* side 42 og 43

⁸ Andersen side 15

⁹ Selvig i Knoph side 273

Klausulens ordlyd og dens kontekst vil alltid være utgangspunkt for tolkningen, se for eksempel Rt. 2002 side 696, (NEBB-dommen). Her sier førstvoterende bl.a. "... jeg finner det ikke tvilsomt at klausulen, (en generell ansvarsfraskrivelse, min utheving), etter sin ordlyd omfatter både bygninger og grunnforholdene. Når ordlyden ikke er klar, ser man hen til de øvrige tolkningsmomenter. I Rt. 1982 side 1357 valgte retten tolkningsalternativ på bakgrunn av reelle hensyn. Høyesterett uttalte følgende i dommen "... det er etter min mening rimelig å tolke bestemmelsen slik".

Det er særlig fire tolkningsproblemer som dukker opp i anledning generelle forbehold, og spørsmålet om § 3-9 får anvendelse.

Det første man støter på, er knyttet til at ordlyden i § 3-9 snakker om "liknande allment atterhald". Det er ikke umiddelbart klart hva som ligger i dette. Hva kreves det av et forbehold, for at det skal falle innenfor ordlyden?

En annen problemstilling, er om den aktuelle mangel er så atypisk at den ikke omfattes av et ellers klart as-is forbehold. I så fall vil det få betydning for om § 3-9 får anvendelse eller ei.

Plasseringen av forbeholdet har også voldt tolkningsproblem, hvor må det plasseres i kontrakten, for at man skal kunne si at der faktisk er tatt et as-is forbehold, og for eksempel ikke et konkret?

Det har også forekommet at det i en kontrakt både finnes et konkret og et generelt forbehold. Skal da § 3-9 regulere begge, eller er det hovedregelen om mangler i § 3-1 (1) som blir rettsgrunnlaget? I den videre fremstillingen vil alle disse spørsmålene bli drøftet.

2.2.1 "Liknande allment atterhald"

Som behandlet innledningsvis, sier lovteksten i § 3-9 at bestemmelsen omfatter "eiendommer solgt som han er, eller med "liknande allment atterhald". Det er ikke klart hva som ligger i uttrykket "liknande allment atterhald". Altså er det usikkert hvilke andre forbehold som skal stilles på linje med as-is forbeholdene, og dermed reguleres av § 3-9 ved en mangel, og ikke av bestemmelsen i § 3-1 (1).

Spørsmålet blir i det vesentlige hvorledes forbeholdene må være formulert, for å falle inn under ordlyden. Vi ser at løsningen på denne problemstillingen må søkes i samspillet mellom tolkning av forbeholdet og lovbestemmelsen i § 3-9.

Lovens ordlyd gir, bare til en viss grad, veiledning. Ut i fra den, vet vi at det ikke kun er formuleringen ”som den er” som aksepteres som et generelt forbehold. Også andre måter å uttrykke et generelt forhold på, vil kunne aksepteres. Ellers viser lovteksten også at forbeholdet må være formulert generelt, hvilket følger av ordet ”allment”. Det er dermed klart at dersom man kun fraskriver seg ansvar for bestemte mangler, er dette ikke omfattet av § 3-9.

Forarbeidene gir noen eksempler på hvilke typer formuleringer departementet mener ligger i ”liknande allment atterhald”. I bemerkningene til § 3-9 sies det at forbehold som lyder ”i besikktiget stand” og ”uten feil og mangler”, i alle fall må likestilles med as-is forbeholdene. Det følger av forarbeidene selv at dette var eksempler, og ikke ment som en uttømmende oppramsing av de forbehold som likestilles med as-is forbeholdene.

Høyesterett sa i Rt. 1982 side 1357, at formuleringen ”i foreliggende stand” skulle likestilles med en as-is klausul. Dommen får betydning for tolkningen av avhendingsloven § 3-9, selv om den er avsagt forut for lovens vedtakelse. Dette fordi loven til dels bygger på eldre praksis.¹⁰

I rettslig teori har man også kommet frem til at formuleringene ”er besikktiget” og ”som besikktiget”, som hovedregel er å regne som generelle forbehold som omfattes av § 3-9.¹¹ Formuleringen ”er besikktiget” kan imidlertid i noen tilfelle bare være en opplysning om forholdet til undersøkelsesplikten.¹² Dette vil bero på formuleringens kontekst.

I andre tilfelle enn de som er nevnt ovenfor, er det noe usikkert hvilke formuleringer som omfattes. Hvor rettskildefaktorene ikke gir noe klart svar, må man se hen til kontrakten og tolkningsmomentene som er nevnt i innledningen. Partenes forutsetninger kan kanskje gi svar på om man har med et generelt forbehold å gjøre. Det samme gjelder kontraktsformålet.

2.2.2 Atypiske mangler

Som vi har sett tidligere i fremstillingen, er det i forhold til avhendingsloven to aktuelle bestemmelser som kan regulere mangelsinnsigelser: § 3-1 (1) og § 3-9. I de aller fleste tilfelle

¹⁰ Andersen side 15

¹¹ Andersen side 16 og Bergsåker side 180

¹² Bergsåker side 180

hvor ordlyden i en avtale viser at der er tatt et klart as-is forbehold, vil det være § 3-9 som kommer til anvendelse. Se fremstillingen ovenfor.

En problemstilling som likevel melder seg selv ved klare as-is formuleringer, er dersom det skulle dukke opp atypiske mangler som partene kanskje ikke hadde tenkt seg kunne inntreffe. Dekker de generelle forbehold også slike situasjoner, eller regulerer de generelle forbehold kun tradisjonelle mangler? Dersom as-is klausulen blir satt til side, vil rettsgrunnlaget for mangelsvurderingen være § 3-1 (1).

I RG. 1995 side 738, kom retten til at en fundamenteringsfeil ikke var omfattet av as-is forbeholdet, idet man hadde å gjøre med en atypisk mangel.

I Rt.1982 side 1357, var problemstillingen hvorvidt as-is klausulen også gjaldt mangler ved en lagerbygningss konstruksjon, eller kun feil av en mer tradisjonell karakter. I denne saken uttalte Høyesterett følgende: ” Spørsmålet er om VTN skal frifinnes p.g.a. en bestemmelse i kjøpekontrakten om at eiendommen skal overtas i foreliggende stand. Dette er en meget generell bestemmelse som ikke bærer preg av å være resultat av en konkret vurdering av ansvar og risiko. Det er dessuten ingenting som tyder på at bestemmelsens innhold faktisk ble vurdert. Det er rimelig å tolke denne bestemmelsen slik at den kun gjelder tradisjonelle mangler så som fysiske skader, dårlig håndverk, eller andre forhold som ofte undersøkes og kontrolleres ved befaring”.

Vi ser av Høyesteretts drøftelse, at svaret på hvilken bestemmelse som skal regulere mangelsspørsmålet i en konkret sak, vil bero på en konkret tolkning av as-is klausulen. I den prosessen vil det bl.a., som vi så ovenfor, bli lagt vekt på rimelighetsbetraktninger. Dersom mangelen er atypisk, og partene ikke vurderte denne typen feil, vil retten i de aller fleste tilfelle komme til at as-is klausulen ikke omfatter feilen, og at § 3-9 dermed ikke kommer til anvendelse. Vi ser med andre ord at det ikke følger automatisk av en inntatt as-is klausul, at den gjelder alle mangelsinnsigelser en kjøper kan tenkes å ha.

2.2.3 As-is klausulens plassering

Et annet tolkningsproblem som kan dukke opp ved bruk av as-is klausuler, er deres plassering. Spørsmålet har ofte vært oppe både i lagmannsrett og juridisk teori. Det foreligger imidlertid ingen høyesterettspraksis på området.

Av en eller annen grunn har det vært en tendens til å plassere as-is klausulene under overskriften ”tilbehør”. Problemstillingen som da melder seg, er om forbeholdet da kun gjelder tilbehør, og dermed er et konkret forbehold som ikke reguleres av § 3-9.

Et annet tolkningsalternativ er at man ikke tillegger plasseringen noen betydning, så lenge forbeholdet er klart formulert. På den måten anser man klausulen som et generelt forbehold, på tross av feilplasseringen.

Den generelle hovedregel, utledet av lagmannsrettspraksis og juridisk teori, er at klausulens plassering i utgangspunktet er uten betydning, så lenge det ikke hersker tvil om at vi har å gjøre med en as-is klausul. Se for eksempel RG. 1998 side 155, hvor retten uttalte følgende: ”Solgt som den er klausulen er riktignok feilplassert i kjøpekontrakten, ordlyden er imidlertid klar og ikke til å misforstå”. Det samme følger av dommen i LB. 2001-03259, der retten bl.a. henviser til dommen fra 1998.

Men dette er ingen unntaksfri hovedregel. Også i forhold til denne problemstillingen må avtalen og as-is forbeholdet tolkes. Hvorledes avtalen ellers er bygget opp, kan da få betydning for om man tillegger plasseringen betydning eller ei. Dreier det seg om en nøye utformet kontrakt, med et eget punkt som for eksempel heter ”Forbehold” og klausulen ikke er plassert der, kan dette virke forvirrende på kjøper, som da har grunn til å regne med at punktet uttømmende regulerer selgers forbehold. I slike tilfelle er det nærliggende å si at klausulen kun representerer et konkret forbehold, i praksis ofte i forhold til tilbehørsbestemmelsene.

2.2.4 Kontrakter som inneholder både et konkret og et generelt forbehold

I noen tilfeller har partene inntatt både et generelt og et konkret forbehold i avtalen. Dette kan skape problemer for rettsadvokaten ved en mangelsvurdering. Hvilket rettsgrunnlag skal han benytte? Utgangspunktet er jo at de konkrete forbehold skal vurderes etter

§ 3-1 (1), mens de generelle skal vurderes etter § 3-9.

Problemstillingen var oppe i Rt. 2002 side 1425, Bukkebo-dommen. Her forelå det uten tvil en as-is klausul. Men i tillegg var det gjort oppmerksom på en spesiell feil, problemer med vanninntrengning i kjelleren. Altså forelå det et konkret forbehold i tillegg. Førstvoterende starter drøftelsen med å avgjøre rettsgrunnlaget for drøftelsen. Hun nevner tre mulige bestemmelser: §§ 3-1 (1), 3-9 2. punktum og 3-10. Hun falt imidlertid raskt ned på § 3-9 2. punktum som rett bestemmelse med hensyn til. begge forbeholdene. Dette ble begrunnet med

at bestemmelsen favner så vidt at den også dekker en situasjon hvor begge typer forbehold er inntatt. Høyesterett bygget dette på en tolkning av ”tilhøva elles”. Bestemmelsen i § 3-9 får med andre ord et utvidet anvendelsesområde i tilfelle hvor det foreligger både et konkret og et generelt forbehold. At Høyesterett valgte en slik løsning, får også betydning for vesenlighetsvurderingen under § 3-9 2. punktum, se fremstilling nedenfor.

2.3 § 3-9s forhold til generalklausulen i avtaleloven § 36

Forarbeidene til avhendingsloven sier at generalklausulen i lov av 31.mai 1918 nr.4, heretter kalt avtaleloven, fortsatt skal gjelde ved fast eiendom. Det ble vurdert å innføre en egen generalklausul i selve avhendingsloven, men departementet kom til at dette var unødvendig ved siden av avtaleloven § 36.

Man kan imidlertid lure på om det, etter innføringen av § 3-9, er behov både for denne og avtaleloven § 36. Begge kan jo innskrenke rekkevidden av klausuler i partenes avtaler. Bestemmelsen i § 3-9 er imidlertid begrenset til å gjelde de generelle forbehold, og mangelsvurderingen i den forbindelse. Vurderingen her er dessuten knyttet til forhold som forelå allerede før avtaleinngåelsen.

Avtaleloven § 36 favner meget videre. Generalklausulen inneholder en generell hjemmel til helt eller delvis å sette til side, eller endre, urimelige avtaler i sin helhet. I denne vurderingen vil momenter som er kommet til også etter avtaleinngåelsen kunne taes i betraktning.

I noen tilfelle kan det kanskje synes urimelig at avtalen inneholder en generell ansvarsfraskrivelse. Forarbeidene presiserer imidlertid at de generelle forbehold som regel vil gå klar av avtaleloven § 36. På den måten vil det høre sjeldenhetene til at as-is klausuler vil bli satt til side som urimelige, i kraft av generalklausulen. Dog kan man tenke seg tilfelle hvor avtaleloven § 36 kan komme til anvendelse på as-is klausulene, selv om de i utgangspunktet anses som lojale. Se fremstillingen nedenfor.

I tilfelle hvor man er utenfor § 3-9's ordlyd, er man henvist til å tolke avtaleklausulene innskrenkende etter bl.a. avtaleloven § 36.

Som vi ser, fører ikke innførselen av hendingslovens § 3-9 til at § 36 blir overflødig på avhendingslovens område. Dette dels fordi § 36 rekker meget videre enn § 3-9, og dels fordi § 3-9 er avgrenset til de generelle forbehold.

3 Generelle forbeholds innvirkning på selgers opplysningsplikt etter avhendingsloven

3.1 Innledning

Som vi så under punkt 2, følger det av avhendingsloven § 3-9 at lovgiver i tre tilfelle ikke har villet respektere avtalefriheten mht. fravikelse av den risikoplassering loven foreskriver mellom kjøper og selger. Under dette punktet vil regelen i § 3-9 1. punktum bli behandlet. Denne regelen tar for seg as-is klausulenes forhold til de to opplysningspliktsreglene i avhendingsloven. Det tredje tilfelle i 2. punktum vil bli behandlet nedenfor.

Regelen i § 3-9 1. punktum sier at eiendommen, på tross av et generelt forbehold, likevel har mangel dersom dette følger av §§ 3-7 og 3-8. Dette betyr at § 3-9 1. punktum lar §§ 3-7 og 3-8 slå igjennom overfor generelle forbehold. Noe som igjen betyr at selgerens opplysningsplikter er de samme, selv om eiendommen er solgt som den er. I forbrukerkjøp er denne reglen gjort preseptorisk to ganger, ved at §§ 3-7 og 3-8 lik som § 3-9, er ufravikelige. Momenter i forhold til §§ 3-7 og 3-8 vil også kunne være forhold som får betydning ved vurderingen under 2. ledd.¹³ Dette gjelder på den annen side kun dersom ikke alle de kumulative vilkårene i §§ 3-7 og 3-8, er tilstede. I motsatt fall er det § 3-9 1. punktum som regulerer forholdet.

Det faktum at opplysningspliktsbestemmelsene gjelder, på tross av det generelle forbeholdet, må sies å være et utslag av det lojalitetspliktsprinsippet som gjelder i kontraktsretten, og som bl.a. har fått uttrykk i bestemmelser som § 33 i avtaleloven. Man skal ikke kunne lure kjøperen ved for eksempel å holde tilbake opplysninger eller gi ukorrekt informasjon, og slippe unna en mangelsinnsigelse, fordi man har benyttet et as-is forbehold. Det ville slå bena under avtalelovens § 33 om man skulle kunne avtaleregulere seg bort fra det redelighetskravet som gjelder i forhold til selve inngåelse av avtaler, ved å bruke en inngått as-is klausul til å unndra seg kontraktsbruddsansvaret som senere følger av brutt opplysningsplikt. Hagstrøm, og flere

¹³ Bergsåker side 178

med ham, mener at det er de samme vurderingsmomenter som gjelder ved § 33 i avtaleloven og opplysningspliktsbestemmelsene ellers i kontraktslovgivningen. Videre mener han at det er en smakssak hvilke av lovbestemmelsene en påberoper seg alt etter som en ønsker ugyldighet, eller for eksempel prisavslag eller heving.¹⁴

Etter dette virker det som om as-is klausulene ikke får noen reell betydning på de opplysningsplikter selger vanligvis har etter avhendingsloven. Dette er også uten tvil hovedregelen også utenfor forbrukerkjøp. Man skal altså ikke kunne avtaleregulere seg bort fra sine opplysningsplikter.

Det faktum at momenter under §§ 3-7 og 3-8 kan anføres under vesentlighetsvurderingen i § 3-9 2. punktum, kan modifisere denne hovedregelen i noen situasjoner, ved at as-is klausulene da kan sies å få en viss reell betydning. Men det er gjelder kun i situasjoner hvor ikke vilkårene i § 3-9 1. punktum er oppfylt, jf. §§ 3-7 og 3-8.

I fremstillingen nedenfor vil jeg se bort i fra denne problemstillingen, og bare behandle hva som følger av § 3-9 1. punktum. Kan regelen om at opplysningspliktsbestemmelsene ikke påvirkes av as-is klausuler opprettholdes uten unntak?

3.2 As-is klausulenes innvirkning på selgers plikt til positivt å gi opplysninger om eiendommen

Som beskrevet ovenfor, er det § 3-9 som regulerer mangelsvurderingen når kontrakten inneholder et generelt forbehold. Ordlyden i denne bestemmelsens 1.punktum er klinkende klar: Eiendommen har mangel dersom selger ikke har oppfylt sin opplysningsplikt etter § 3-7.

Bestemmelsen lyder som følger:

”Eigedomen har mangel dersom kjøparen ikkje har fått opplysninger om omstende ved eigedomen som seljaren kjente eller måtte kjenne til, og som kjøparen hadde grunn til å rekne med å få. Dette gjeld likevel berre dersom ein kan gå ut i frå at det har verka inn på avtalen at opplysning ikkje vart gitt”

¹⁴ Hagstrøm *Obligasjonsrett*. Side 136

For at det skal foreligge en mangel etter denne bestemmelsen, må fire kumulative vilkår være oppfylt. Det må, for det første, foreligge ”omstendigheter”. Dette er et meget vidt begrep. Dette innebærer at det ikke bare er feil og mangler i vanlig forstand som rammes av § 3-7. I tillegg omfattes for eksempel private planer i nabolag, dårlig trykk, eller kvalitet på vannet, og annet som kan virke negativt inn på eiendommen. Men når dette er sagt, er ”omstendigheter” også et nøytralt begrep, og ikke begrenset til negative forhold omkring eiendommen.¹⁵

Dessuten omfattes utelatte opplysninger om hvordan man skal betjene apparater og lignende på eiendommen, for eksempel fyringsanlegget. Et annet vilkår for bestemmelsens anvendelse er at kjøperen kjente eller måtte kjenne til omstendighetene. Vilkåret er oppfylt dersom det ikke foreligger noen rimelig grunn til at selgeren ikke skulle kjenne til forholdet.¹⁶

Det tredje vilkåret er at kjøperen hadde grunn til å regne med å få opplysningen. Dette vilkåret har størst selvstendig betydning dersom selger hadde grunn til å mene at kjøperen selv kjente til omstendigheten. Vilkåret vil alltid være oppfylt dersom kjøper eksplisitt har stilt selger konkrete spørsmål.¹⁷

Det siste kravet, om at de manglende opplysningene må ha virket inn på avtalen, gjør at man bare har opplysningsplikt om vesentlige forhold, idet man vanskelig kan si at kreditors manglende kjennskap til mer perifere og bagatellmessige forhold ved ytelsen vil ha hatt noen virkning på beslutningen om å forplikte seg. Retten kom, for eksempel i LF.1997-00816, til at forsømt opplysningsplikt angående vannskade, hvor utbedringskostnadene bare lå på 1,5 % av kjøpesummen, var for bagatellmessig til å ha virket inn på avtalen. (Vi ser at kausalitetskravet i opplysningspliktsbestemmelsene ligner litt på hva som følger av vesentlighetskriteriet i § 3-9 2. punktum. I juridisk teori hevdes det dog at ordlyden i bestemmelsene tilsier at det kreves mer for at et forhold skal medføre at eiendommen er i ”vesentlig dårligere stand” enn at ”forholdet har innvirket på avtalen”).¹⁸

¹⁵ Bergsåker side 195

¹⁶ Bergsåker side 202

¹⁷ Bergsåker side 204

¹⁸ Andersen side 40

Som sagt ovenfor har vi å gjøre med en klinkende klar ordlyd, som ganske bastant sier at dersom de 4 vilkårene er oppfylt, så gjelder § 3-7 uinnskrenket, uansett om der er tatt et generelt forbehold eller ei.

Fordi bestemmelsen er preseptorisk i forbrukerkjøp, er det klart at en as-is klausul ikke vil få noen reell betydning for mangelsbedømmelsen. Av den klare ordlyden tyder mye på at dette også er regelen utenfor forbrukerkjøp.

Spørsmålet blir således om noen av de andre rettskildefaktorene trekker i retning av at de generelle forbehold likevel får en reell betydning for rettsvirkningene mellom partene etter § 3-7.

Forarbeidene sier at ”selgers plikt til å gi opplysninger, ikke blir endret av at det er tatt et generelt forbehold”. De sier videre at ”Departementet ser selgeren sin opplysningsplikt som svært sentral ved avhending av fast eiendom”. Bergsåker tolker dette utsagnet dit hen at dette er et signal om at manglende opplysninger lett kan føre til at det foreligger en mangel.¹⁹ Altså er forarbeidene like kategoriske angående opplysningspliktene som lovteksten.

Hva følger så av rettslig teori? Heller ikke her synes det som det foreligger oppfatninger som kunne innebære noen unntak fra lovens klare ordlyd. Bergsåker uttaler kort og godt at ”opplysningsplikten etter §§ 3-7 og 3-8 er den samme, selv om eiendommen er solgt as-is”.²⁰ Rognlien sier at ”as-is forbehold ikke endrer selgerens plikter etter §§ 3-7 og 3-8”.²¹ Mens Hagstrøm sier at ”Loven ikke beskytter debitor mot krav som bygger på uriktige opplysninger eller misligholdt opplysningsplikt”.²² Dette begrunnes bl.a. med at man ønsker å unngå en uhederlig og illojal bruk av de generelle forbehold. Vi ser dermed at også lovformålet taler for den unntaksfrie regel om at opplysningspliktsbestemmelsene gjelder uinnskrenket på, tross av et generelt forbehold.

Foreligger det så noen uttalelser i rettspraksis som kan trekke i retning av at as-is klausuler svekker opplysningsplikten, slik at vi kan si at det finnes situasjoner hvor den klare ordlyden i § 3-9 1. punktum tolkes innskrenkende?

¹⁹ Bergsåker side 195

²⁰ Bergsåker side 170

²¹ Rognlien side 81

²² Hagstrøm *Obligasjonsrett* side 329

Som tidligere nevnt har vi kun én høyesterettsdom som tar for seg tolkningen av avhendingsloven § 3-9, og denne dommen dreide seg for det meste om tolkningen av vesentlighetskriteriet i 2. punktum. Dommen nevner ikke opplysningsplikten i det hele tatt. Likevel sier den kanskje indirekte noe om opplysningsplikten ved as-is kjøp. Dette fordi den tar for seg kjøpers undersøkelsesplikt ved as-is kjøp. Dommen er i juridisk teori, bl.a. av Ristvedt, se nedenfor, tatt til inntekt for en utvidet undersøkelsesplikt ved as-is kjøp av bolig. Disse størrelsene trekker jo som kjent på hverandre.

Løken sier at i den utstrekning en as-is klausul skjerper kravene til undersøkelse hos kjøper, vil selgers opplysningskrav bli tilsvarende begrenset.²³ Etter hennes syn medfører med andre ord en skjerpet undersøkelsesplikt ved generelle forbehold, at as-is klausulene får en reell betydning, for mangelsvurderingen også etter § 3-7.

En annen dom hvor man kan spekulere i om retten la til grunn en svekket opplysningsplikt p.g.a. en as-is klausul, er dommen i RG. 2001 side 56, hvor ingen av partene evnet å fatte innholdet av opplysninger gitt av selger. Her ble risikoen under tvil plassert hos kjøper. Retten uttalte i den anledning at ved as-is kjøp har selger en ekstra margin. Vanligvis går misligholdt opplysningsplikt foran misligholdt undersøkelsesplikt, jf. avhendingsloven § 3-10 siste ledd.

Forarbeidene til avhendingsloven sier "Hvis kjøperen ikke hadde nødvendig sakkyndighet til å forstå betydningen av en egenskap selger gjorde oppmerksom på, kan kjøperen likevel gjøre et eventuelt mangelskrav gjeldende". Altså går den overnevnte dom imot departementets syn. I forhold til det som følger av Ot.prp. nr.66 1990-1991, svekket lagmannsretten dermed opplysningsplikten ved en as-is klausul.

Alt i alt synes det likevel som om selgers opplysningsplikt er den samme, selv om det er tatt et generelt forbehold. Lovens klare ordlyd, forarbeidene og den unisone juridiske teorien taler for dette. Det skal meget til for å fravike en så klar ordlyd som den vi her har. Dessuten svekkes vekten av Bukkebo-dommen ved at den var så nært knyttet til konkrete fakta i saken. Kjøper ble bl.a. eksplisitt bedt flere ganger om å innhente en tilstandsrapport, hvilket han ikke gjorde. At § 3-9 ikke vil ha noen reell betydning i forhold til en svekket opplysningsplikt mht.

§ 3-7, underbygges også av det som er sagt ovenfor om sammenligningen mellom avtaleloven § 33 og opplysningspliktsbestemmelsene. Avtaleloven § 33 er en regel om irregulær tilblivelse

²³ Løken side 74

av avtaler. Bestemmelsen knytter seg til de foregående bestemmelser i avtaleloven §§ 28-32, ofte benyttet i tilfelle hvor svik ikke kan bevises. Det karakteristiske område for bestemmelsen, er tilfelle der avtalen ikke tåler dagens lys.²⁴ Med andre ord, i tilfelle hvor selger har opptrådt illojalt. Kreditor kan i disse situasjoner ikke gjøre løftevirkningene gjeldende, fordi opplysningssvikten gjør at dette ville stride mot redelighet og god tro.

Det antas som sagt at § 33 er sammenfallende med kontraktlovgivningens opplysningsbestemmelser. Det er ikke ønskelig å operere med to rimelighetsstandarder innenfor samme rettsområde.²⁵ Det er ingen grunn til at generelle forbehold skulle endre på dette. Ved brutt opplysningsplikt er avtalen allerede ugyldig etter § 33. Det ville være merkelig om avhendingslovens bestemmelser da skulle stenge for kontraktsbruddsanksjoner.

Dessuten, selv om as-is klausuler som hovedregel ikke vil bli sett på som illojale etter avtaleloven § 36, ville nok en del avtaler med slike klausuler stå i fare for revisjon, eller helt satt til side som ugyldige, dersom § 3-9 1. punktum ikke hadde latt § 3-7 slå igjennom. Det samme ville gjelde dersom opplysningsplikten skulle anses for svekket gjennom et generelt forbehold. Dette synes også å være departementets syn idet de uttaler at avtalerettslige regler, og da særlig § 36, vil kunne innebære en skranke dersom et generelt forbehold i et konkret tilfelle skulle ligge an til å få svært vidtgående konsekvenser.

Til nå har vi sett på om as-is klausulene fører til noen reell forskjell under § 3-7 ved at man kan tenke seg en svekket opplysningsplikt. Men kan det tenkes at det ligger en reell forskjell i en skjerpet plikt i stedet?

Det er et prinsipp i norsk kontraktsrett, formulert av Stang, at "Når tingen taler, kan selger tie". Dette gjelder i tilfelle hvor feilen er så åpenbar og synlig at det skulle være unødvendig å opplyse om den. I disse tilfellene kan ikke kjøper senere påberope seg dette som en mangel. Det er jo også et prinsipp i norsk kontraktsrett at enhver har risikoen for å passe på egne interesser. Tingen taler ikke mer fordi om det er tatt et as-is forbehold. Eiendommen må selv tale for at man skal stille svekkede krav til selger angående åpenbare og svært synlige feil ved eiendommen. Spørsmålet blir etter dette om det "Stangs prinsipp" også gjelder ved as-is kjøp.

²⁴ Hagstrøm *Obligasjonsrett*. Side 136

²⁵ Hagstrøm *Obligasjonsrett*. Side 136

Eller er det slik at selger likevel må opplyse om åpenbare feil ved bruk av generelle forbehold? Kan det med andre ord tenkes en strengere opplysningsplikt ved benyttelse av as-is klausuler? Svaret på dette er åpenbart nei. Formålet med å benytte seg av generelle forbehold er, som tidligere nevnt, å forsøke å fraskrive seg ansvar. Forbeholdende blir generelt sett på som lojale i norsk rett, og det ville føre til merkelige resultater om selger i stedet for ansvarsfraskrivelse, oppnådde at han ble pålagt et strengere opplysningsansvar. Dette selv om de generelle forbehold blir sett på som mer betenkelige enn de konkrete. Dette underbygges også av juridisk teori. Løken sier bl.a. ”Det synes klart at selger ikke kan pålegges mer omfattende opplysningsplikt ved salg av ting som den er, enn etter deklarasjonsregler”.²⁶ Det følger av det som er beskrevet ovenfor at når det gjelder plikten til positivt å gi opplysninger om eiendommen etter § 3-7, fører ikke en bruk av as-is klausuler til noen reell forskjell i rettsstillingen.

3.3 Generelle forbeholds innvirkning på plikten til å gi korrekte opplysninger

Den klare ordlyden i § 3-9 1. punktum gjelder også for plikten til å gi korrekte opplysninger etter § 3-8. Denne bestemmelsen har følgende ordlyd:

”Eiendommen har mangel dersom omstende ved eiendommen ikke svarer til opplysninger som seljaren har gitt kjøperen. Den samme gjeld dersom eiendommen ikke svarer til opplysninger som er gitt i annonse, i salgsprospekt eller ved annen markedsføring på vegne av seljaren. Første ledd gjeld likevel berre dersom ein kan gå ut i frå at opplysningane har verka inn på avtala, og opplysningane ikkje i tide er retta på ein tydeleg måte”

Vi ser at denne bestemmelsen også innehar et kausalitetskrav, og er som § 3-7, gjort preseptorisk i § 1-2 (2).

Vi så under punkt 4.1, at man kunne stille seg et spørsmål om mangelsvurderingen etter bestemmelsen ble påvirket av at det var tatt et as-is forbehold. Vi så også at svaret på denne problemstillingen temmelig klart var nei.

²⁶ Løken side 68

Spørsmålet blir således om situasjonen er annerledes for § 3-8 sin del. Kan det tenkes tilfelle hvor man kan fravike plikten til å gi korrekte opplysninger ved å benytte en as-is klausul?

Det aller meste som er sagt under § 3-7, vil også gjelde for § 3-8, idet alle rettskildefaktorene, (med unntak av de nevnte dommer), behandler §§ 3-7 og 3-8 sammen. Slik jeg ser det, er hovedregelen om at opplysningsplikt ved salg av fast eiendom om mulig enda mer bastant i forhold til § 3-8 enn § 3-7. Dette bl.a. fordi det ikke foreligger dommer som muligens kan tale for en svekket opplysningsplikt mht. plikten til å gi riktig informasjon. (Det er disse dommene som gjør at man muligens kunne tenke seg en svekket opplysningsplikt, eller i alle fall en endret opplysningsplikt ved as-is kjøp av eiendom.)

Bestemmelsen i § 3-7 måles ofte opp mot plikten kjøper har til forundersøkelse i § 3-10, man kan vanskelig tenke seg en slik sammenligning med § 3-8. Selv om kunnskapskravet i § 3-7 i er regnet som et krav om forsett eller grov uaktsomhet, mens det for § 3-8 er et objektivt kunnskapskrav, kan det synes som om det muligens blir sett på som enda mer illojalt å eksplisitt komme med feil opplysninger om eiendommen, enn å utelate informasjon. Begrunnelsen kan være at kjøpers forventinger sannsynligvis blir påvirket på en annen måte ved at han får konkrete opplysninger, enn ved at han ikke får opplysninger i det hele tatt. De konkrete opplysningene vil nok ofte av kjøper bli sett på som en garanti fra selger for at eiendommen innehar visse bestemte egenskaper. Dersom opplysninger utelates, vil ikke forventningene til konkrete egenskaper være til stede hos kjøper på samme måte, og han vil muligens opptre mer aktsom.

Det som er beskrevet ovenfor, underbygges av det som er fortalt tidligere i fremstillingen om sammenligningen mellom avtaleloven § 33 og opplysningspliktsbestemmelsene. Det som tidligere er skrevet om forholdet mellom avtaleloven § 33 og avhendingsloven § 3-7, gjelder også for § 3-8.

4 Vesentlighetsvurderingens forhold til reglene i kap.3

4.1 Innledning

I avhendingsloven kapittel 3 finner vi de fleste reglene om kontraktsbruddstypen ”mangel” ved boligkjøp.(I tillegg har vi for eksempel § 4-8 som bl.a. regulerer rådighetsmangler). Spørsmålet er om disse reglene kommer til anvendelse dersom avtalen inneholder et generelt forbehold. Det dreier seg i realiteten om forholdet mellom § 3-9 og de andre mangelsbestemmelsene i kapittel 3.

Ovenfor har vi sett at det er § 3-9 1. punktum som regulerer forholdet til opplysningsbestemmelsene når avtalen inneholder et generelt forbehold. Her er det helt klart at §§ 3-7 og 3-8 skal regulere mangelsbedømmelsen, selv om det er tatt et as-is forbehold. Når det gjelder de andre bestemmelsene i kapittel 3, sier ikke lovteksten noe om hvorledes forholdet mellom § 3-9 og de andre mangelsbestemmelsene er. Forarbeidene har imidlertid noen bemerkninger til § 3-3, se nedenfor.

Det er imidlertid rimelig sikkert at dersom kontrakten inneholder et generelt forbehold, så er alle bestemmelsene i utgangspunktet fraveket. Unntakene fra dette, er dersom mangelsbestemmelsene selv er preseptoriske, eller i de 3 tilfellene hvor § 3-9 likevel bestemmer at der skal foreligge en mangel.

Det tredje alternative vilkåret for at en as-is klausul skal kunne bli tolket innskrenkende ved hjelp av § 3-9, finner vi, som tidligere nevnt, i bestemmelsens 2. punktum. Her kreves det at eiendommens beskaffenhet fraviker vesentlig fra kjøpers berettigede forventning. Vil dette si at mangelsbestemmelsene kommer til anvendelse på tross av det generelle forbehold, hvis det foreligger et vesentlig avvik? Blir de momenter i vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 2. punktum?

Rt.2002 side 1425 er som sagt den eneste høyesterettsdommen vi har på angående tolkningen av § 3-9 2. punktum. Her uttaler retten at ”ordlyden i bestemmelsen taler for at vesentlighetsvurderingen er en skjønnsmessig helhetsvurdering”. Dessuten viser dommen at

man må se hen til både kvalitative og kvantitative momenter, i tillegg til kjøpers undersøkelsesplikt.

I fremstillingen nedenfor vil jeg forsøke å belyse hva som ligger i § 3-9 2. punktums vesentlighetskrav. Bestemmelsens forhold til de andre mangelsbestemmelsene vil bli sett nærmere på i den forbindelse. Dette også med tanke på spørsmålet om den formelle forskjellen avhendingsloven legger opp til, mellom kontrakter med og uten forbehold, også innebærer en reell forskjell.

4.2 Vesentlighetsvurderingens kvalitative momenter

Lovteksten i § 3-9 2. punktum sier at det i vesentlighetsvurderingen bl.a. skal tas i betraktning hva som følger av ”tilhøva ellers”. Bestemmelsen foreskriver med dette at det i vurderingen bl.a. skal foretas en vurdering av kvalitative momenter. Dette vil i det vesentlige gjelde en vurdering i forhold til avhendingslovens øvrige mangelsbestemmelser, se for eksempel Rt. 2002 side 1425.

4.2.1 Vesentlighetskravets forhold til avhendingslovens § 3-1 (1)

Den grunnleggende regel for når det foreligger en mangel ved en solgt eiendom, finner vi i § 3-1: Eiendommen skal være i samsvar med partenes avtale. Et generelt forbehold er en del av partenes avtale, og dersom § 3-9 ikke hadde regulert mangelsvurderingen i disse tilfellene, ville det sjeldent eller aldri i as-is tilfellene foreligge avvik fra avtalen. Avhendingsloven og dens forarbeider legger som nevnt opp til et klart skille mellom mangelsvurderinger som skal gå etter § 3-1 (1), og de som skal gå etter § 3-9. Det er likevel ikke så vanntette skott mellom disse bestemmelsene som man kanskje skulle tro ved første øyekast. Dette så vi for øvrig også under behandlingen av tolkning av generelle forbehold.

Som sagt ovenfor, følger det av ”tilhøva elles” at vesentlighetsvurderingen i § 3-9 2. punktum må sees på bakgrunn av de øvrige mangelsreglene i avhendingsloven. Dette vil da også gjelde for § 3-1 (1), som anses som hovedregelen om når det foreligger en mangel i avhendingslovens forstand. Det er altså ikke irrelevant etter § 3-9 2. punktum hva som følger av partenes avtale, selv om § 3-9 2. punktum i noen tilfelle setter partenes avtale om

risikoplassering til side. Hvor stort avviket fra avtalen er, vil være et meget sentralt moment, se nedenfor om den kvantitative delen av vesentlighetsvurderingen.

Rt.2002 side 1425 sier også, som sagt tidligere, at § 3-9 2. punktums vide ordlyd medfører at § 3-1 (1) er et sentralt moment i vurderingen av hvorvidt en mangel er vesentlig eller ikke. Dette altså selv om utgangspunktet er at § 3-1 (1) og 3-9 har ulike anvendelses områder.

4.2.2 Bakgrunnsrettens hovedbestemmelses plass i vesentlighetsvurderingen

Dersom avtalen ikke eksplisitt tar for seg et forhold angående boligens egenskaper, er det i kontraktsretten vanlig å utfylle med bakgrunnsretten. Dette gjøres som regel ved hjelp av deklarasjoniske lover, kontraktsrettlige prinsipper m.v. Når det gjelder salg av fast eiendom, er det avhendingsloven som utgjør hoveddelen av bakgrunnsretten, og da særlig dens

§ 3-2(1) litra a. Denne bestemmelsen lyder som følger:

”eigedommen har mangel dersom han ikkje høver dei føremål som tilsvarende eigedomar vanlivis vert brukt til”

Regelen er deklarasjonisk, jf. § 1-2 (2), hvilket vil si at partene kan fravike bestemmelsen. Dersom dette er gjort gjennom et konkret forbehold, er det klart at partene har stengt for en utfylling med denne bestemmelse. Hvilket vil si at et avvik fra det tilsvarende eiendommer vanligvis blir brukt til, ikke vil anses som en mangel.

Fravikelsen kan også gjøres gjennom et generelt forbehold. Se for eksempel forarbeidene som flere steder under sine bemerkninger til § 3-9 2. punktum nevner, både implisitt og eksplisitt, at bestemmelsen kan fravikes ved en as-is klausul. Se for eksempel bemerkningen ”... slike generelle atterhald kan innebære ei innskrenkning i høve til andre reglar i avhendingslova, praktisk sett særleg § 3-2 (1)”. Juridisk teori underbygger dette, jf. bl.a. Rognlien som sier:”... når det gjelder § 3-9, kan det taes forbehold i forhold til § 3-2(1).”²⁷

Det er § 3-9 som regulerer mangelsvurderingen når en fravikelse er gjort gjennom et generelt forbehold. Denne bestemmelsen kan som sagt ikke fravikes. Vi har sett under fremstillingen ovenfor at andre av mangelsbestemmelsene kan komme til anvendelse under vesentlighetsvurderingen etter 2. punktum. Dette medfører at partene likevel må finne seg i at disse kan være momenter under vesentlighetsvurderingen. Størrelsen på avviket fra hva

²⁷ Rognlien side 81

eiendommer vanligvis blir brukt til, vil kunne bli tillagt stor vekt. Se fremstillingen nedenfor i forhold til kvantitative betraktninger.

Hva følger så av § 3-2 (1) litra a? Vi ser av lovteksten at regelen knytter mangelsvurderingen til om eiendommen er tilpasset de formål tilsvarende eiendommer blir brukt til. Dette tilsier at rettsandvenderen er henvist til å foreta en allmenn vurdering, for å fastlegge innholdet av realdebitors forpliktelse. Ellers i kontraktsretten er tilsvarende bestemmelser knyttet opp mot begrepet "vanlig god vare". Dette gjelder også lov av 13. mai 1988 nr.27, heretter kalt kjøpsloven. Dette til tross for at lovens § 17 har nærmest tilsvarende ordlyd som avhendingslovens § 3-2(1). Begrepet "vanlig god vare" tillegges normalt den betydning at man ikke kan forvente seg den perfekte ytelse, men at man heller ikke behøver avfinne seg med mindreverdige varer. En slik vurdering er lettere for genusytelser enn for spesiekjøp, slik boligkjøp er. For spesiekjøp, er det meget vanskeligere å finne en generell standard å sammenligne med. Boliger varierer sterkt mht. alder, byggeteknikk, materiale, beliggenhet m.v.

Forarbeidene til avhendingsloven, Inst. O. nr. 71, sier bl.a. av den grunn at ved sammenligningen må man se hen til materiale eiendommen er bygget av, boligens isolasjon, om der er mer fukt i kjelleren enn normalt m.v.

I juridisk teori anføres at man må vurdere om eiendommen er beboelig. Dette vil jo være formålet med de aller fleste boligkjøp. Dersom det for eksempel finnes asbest og andre helsefarlige forhold, vil det helt klart foreligge en mangel etter § 3-2 (1) litra a. Det samme gjelder dersom vitale funksjoner er ute av drift, som for eksempel kloakkanlegg. Feil som skyldes tidens tann, gradvis slitasje, nedbryting av materiale, korrosjon m.v. er i utgangspunktet ikke å anse som en mangel.²⁸

Det essensielle i vurderingen vil være hva kjøper med rimelighet kunne forvente seg av eiendommen. Disse forventningene påvirkes av bl.a. positive opplysninger kjøper har fått, informasjon som er utelatt og hans egne undersøkelser. Vi ser at det dreier seg om en mer sammensatt vurdering enn vanligvis i kontraktsretten. Man legger altså til grunn et relativt abstrakt forpliktelsesbegrep, i motsetning til for eksempel § 3-1 (1), der det dreier seg om en konkret vurdering.

²⁸ Bergsåker side 165

De momenter vi har sett på ovenfor, vil som sagt være relevante momenter i vesentlighetsvurderingen § 3-9 2. punktum foreskriver, og dermed kunne bli tillagt vekt i spørsmålet om et generelt forbehold skal bli satt til side.

Når partene må finne seg i at momenter fra § 3-2 (1) litra a blir vurdert i forbindelse med en kontraktsbruddsvurdering, på tross av et generelt forbehold, blir spørsmålet om as-is klausulene får noen reell betydning mht. § 3-2 (1) litra a. Blir ikke rettsvirkningen den samme uansett om et generelt forbehold er tatt eller ei?

For det første er det som følger av § 3-2 (1) litra a bare ett av mange forhold som skal vurderes i en helhetsvurdering. Hvilket vil si at de ikke vil være utslagsgivende i ethvert tilfelle, selv om de tillegges stor vekt. Man kan komme til at vilkårene for en mangel etter § 3-2 (1) litra a er oppfylt, uten at mangelen vil bli ansett som vesentlig etter 2. punktum av den grunn. Et eksempel på dette er dersom kjøper ikke har overholdt sin undersøkelsesplikt, eller fordi avviket kvantitetsmessig ikke er stort nok. I disse tilfellene vil man kunne si at de generelle forbehold får en reell betydning, idet terskelen for hva som anses å være en mangel, heves.

Dersom partene har benyttet en as-is klausul, må man veie om en vesentlighetsvurdering, for å eventuelt konstantere en mangel. Uten et generelt forbehold, fører i utgangspunktet ethvert avvik til at der automatisk foreligger en mangel.

At terskelen for hva som utgjør en mangel heves ved bruk av as-is klausul i forhold til

§ 3-2 (1) litra a, kan også illustreres ved hjelp av rettspraksis. Her har man foretatt vesentlighetsvurderinger i forhold til om man skulle innrømme prisavslag, noe som ellers ikke kreves etter § 4-12, jf Rt. 2002 side 1425, og LA. 2001-01783. Best egnet til å illustrere forskjellen i terskelen for hva som kreves før noe betraktes som mangel, er Davanger-dommen i Rt. 1981 side 445. I denne saken hadde kjøper, med as-is klausul i kontrakten, i utgangspunktet ikke noe mangelskrav idet mangelen ikke ble ansett vesentlig. Mellom selger og hans selger igjen, gjaldt derimot en salgsavtale uten forbehold, slik at det samme forholdet mellom dem utgjorde et kontraktsbrudd. Dette mangelskravet fikk kjøper så lov til å tre inn i. En og samme feil ble altså vurdert ulikt alt ettersom kontrakten inneholdt et generelt forbehold eller ei.

Ulikheten i terskelen for hva som er en mangel, vil imidlertid nærmest bli visket ut ved bestemte trekk ved eiendommen. Dette gjelder særlig der eiendommen er svært gammel, solgt til meget lav pris og lignende. I disse tilfeller kan ikke kjøpers forventinger til eiendommen

være særlig annerledes enn ved as-is kjøp. Som vi har sett ovenfor, er det vanskelig å operere med standardkrav til brukte eiendommer. Denne vanskeligheten øker med eiendommens alder. Hagstrøm mener det må gjelde en nedre grense for de feil kjøper kan klage over, ved eldre bebyggelse. Dette gjelder også ved kontrakter uten forbehold.²⁹ Se også LE. 2001-00653 hvor retten bl.a. sier det er naturlig å ta utgangspunkt, i at huset var relativt gammelt i vurderingen av hva kjøper kunne forvente.

Hagstrøm sier også at det teoretisk kan tenkes tilfelle hvor eldre eiendommer har alvorlige mangler, og dette vil være kjøpers risiko som følge av et as-is forbehold. Med andre ord en ulik terskel også for eldre boliger. Han sier imidlertid at dette nok hører med til sjeldenhetene.³⁰ Dermed dreier det seg i disse tilfelle mer om en formell forskjell, enn en reell.

4.2.3 Vesentlighetsvurderingens forhold til forskriftsmanglene

Bestemmelsen i avhendingsloven § 3-2 (2) regulerer de såkalte forskriftsmanglene. I følge denne bestemmelsen skal eiendommen være i samsvar med offentligrettslige krav, stilt i lov, eller i medhold av lov, og som gjaldt for boligen da avtalen ble inngått. Den sier ikke selv at brudd på regelen fører til mangel, men det følger bl.a. av den sammenhengen den står i.³¹

Regelen om forskriftsmangler er fravikelig. Dersom man fraviker bestemmelsen ved et konkret forbehold, foreligger likevel ingen mangel, om boligen ikke skulle være forskriftsmessig. Dette da § 3-1 (1) regulerer mangelsvurderingen.

Et problem som har vært debattert heftig i den juridiske teori, er om man i det hele tatt kan fravike forskriftsbestemmelsen ved et generelt forbehold. Mye av årsaken til uenigheten omkring dette, ligger i at forarbeidene krever at forbeholdet skal være "klart", for at bestemmelsen skal anses fraveket. Bergsåker har vært blant dem som har den oppfatning at forskriftsbestemmelsen kun kan fravikes ved konkrete forbehold, og ikke ved as-is klausuler.³²

I de senere år har det kommet flere avklarende lagmannsrettsdommer på området som alle trekker i samme retning, at as-is klausuler er klare nok til å fravike § 3-2 (2). Se for eksempel

²⁹ Hagstrøm *Obligasjonsrett*. Side 158

³⁰ Hagstrøm *Obligasjonsrett*. Side 330

³¹ Bergsåker side 232

³² Bergsåker side 263-264

RG. 2004 side 74. Dommen er enstemmig, og retten skulle bare ta stilling til hvorvidt et as-is forbehold også omfatter forskriftsmangler. I sin begrunnelse sier retten bl.a. at den anser § 3-9 som uttømmende med henhold til tilfelle hvor et generelt forbehold ikke vil bli respektert. Dersom lovgiver hadde ment at det kun var konkrete forbehold som kunne anvendes, hadde det kommet frem i lovteksten.

I juridisk teori diskuteres nå betydningen av dommen. Kraft mener Lagmannsrettens konklusjon og begrunnelse nå har staket ut kursen for domstolenes videre behandling av spørsmålet.³³ Mens Keyser mener at forskriftsmanglene står i en så spesiell stilling at man derfor bør ta et konkret forbehold.³⁴ Andersen er uenig med Keyser, idet han ikke finner rettskildemessig støtte for at det foreligger et objektivt ansvar for forskriftsmangler. Han er altså enig med lagmannsretten i at § 3-2 (2) kan fravikes også ved et generelt forbehold.

Vi har dessverre ingen Høyesterettsdommer. Ristvedt mener Bukkebo-dommen kan tas til inntekt for at as-is klausuler kan fravike forskriftsmanglene, idet retten ikke sier seg uenige i partenes anførsler om at as-is klausulen omfattet også forskriftsmangelen. Han trekker også frem at Høyesterett trolig mente at vestveggen var i strid med forskriftene.³⁵ Etter min mening bør man imidlertid være forsiktig med å tillegge Høyesterett en mening de ikke uttrykker eksplisitt. Rettskildevekten av obiter dicta er omstridt, jeg kan da vanskelig se det Høyesterett muligens mener, men ikke uttaler, skal tillegges vekt.

Som vi ser, er det fremdeles uenighet i den juridiske teori om adgangen til gyldigheten av fravikelse dersom man har benyttet en as-is klausul. Slik jeg tolker teorien, heller flertallet mot at as-is klausuler er "klare" nok til å bli akseptert. I tillegg har vi altså en ny enstemmig og grundig lagmannsrettsdom som klart sier at forskriftsbestemmelsen kan fravikes ved bruk av as-is klausuler.

Reelle hensyn trekker i begge retninger. Det som taler for at man skal kunne fravike § 3-2 (2) ved bruk av et generelt forbehold, er at man for eksempel kan gjøre det i forhold til § 3-2(1), det er vel ikke noen grunn til å behandle de to leddene ulikt? På den annen side, er

³³ Kraft *Juristkontakt* nr. 1. Side 41

³⁴ Keyser *Juristkontakt* nr.2. side 47

³⁵ Ristvedt side 93

forskriftsmangler vanskelig å oppdage ved undersøkelse fra kjøper, slik at det mest lojale ville være å benytte et konkret forbehold.

Alt i alt mener jeg at as-is forbehold anses som "klare" nok til å fravike § 3-2 (2). Dette etter å ha tolket rettskildefaktorene ovenfor i vid forstand.

Når man kan fravike en bestemmelse ved et as-is forbehold, vil det si at en eventuell mangelsvurdering skal gå etter § 3-9, og i dette tilfelle 2. punktum. Hvilket vil si at også forskriftsmangler vil være et moment i vesentlighetsvurderingen. Da vil partene kunne komme i en kontraktsbruddssituasjon på tross av forbeholdet. I den forbindelse melder også spørsmålet seg om hvorvidt fravikelsen får noen reell betydning i forhold til situasjoner der forbehold ikke er tatt. Dette fordi forskriftsmangler vil bli vurdert uansett under

§ 3-9 2. punktum. Svaret blir det samme som skissert ovenfor. Forskjellen vil ligge i det faktum at andre momenter i vesentlighetsvurderingen kan føre til at mangelen ikke anses som vesentlig, og da vil § 3-2(2) være uten betydning for selgers mangelsansvar. Dersom partenes avtale ikke har forbehold derimot, vil en forskriftsmangel automatisk føre til at kjøper kan gjøre mangelsinnsigelser gjeldende. Dette gjør at terskelen for hva som utgjør en mangel, i utgangpunktet heves, og at et generelt forbehold vil kunne innebære en reell forskjell i rettsvirkningen mellom partene. Men forskjellen, i forhold til avtaler uten forbehold, vil være større ved et konkret forbehold, fordi brudd på

§ 3-2 (2) da aldri vil anses som en mangel.

4.2.4 Vesentlighetsvurderingens forhold til bestemmelsen om arealsvikt

Om arealsvikt utgjør en mangel, reguleres av avhendingslovens § 3-3. Bestemmelsen er gjort preseptorisk i forbrukerkjøp, jf. § 1-2 (2). Regelen sier at en eiendom ikke uten videre har en mangel selv om den har et mindre areal enn kjøper hadde regnet med, på bakgrunn av opplysninger fra selger og andre som identifiseres med ham. Men et vesentlig avvik fra det opplyste, eller en culpøs opptreden fra selger, kan likevel føre til at svikten utgjør en mangel.

§ 3-3 gjelder imidlertid bare for utendørsareal. Dette er forsøkt formulert gjennom at ordet "tomt" er benyttet i ordlyden.³⁶ Fordi innendørs areal faller utenfor § 3-3, er det de vanlige opplysningsreglene som gjelder. Dette følger bl.a. av Rt. 2003 side 612, den såkalte arealsvikt-

³⁶ Bergsåker side 273

dommen som sier at det er § 3-8 som regulerer mangelsvurderingen. Dersom det er tatt et as-is forbehold i forhold til innendørs arealsvikt, er det § 3-9 som regulerer spørsmålet om kontraktsbrudd. Men dette vil ikke få noen reell betydning idet § 3-9 1. ledd, som vi har sett ovenfor, henviser til bl.a. § 3-8. Dette utelukker dog ikke at innendørs arealsvikt kan være et kvalitativt moment i vesentlighetsvurderingen. Forhold som hører inn under §§ 3-7 og 3-8, kan som sagt ovenfor, på visse vilkår, utgjøre momenter ved vurderingen om vesentlighetskriteriet er oppfylt.

Hva så med utendørsarealet og as-is klausulene? Forholdet mellom § 3-9 og de andre mangelsbestemmelsene i avhendingsloven er ikke særlig godt belyst, verken i forarbeider eller lovtekst. Forarbeidene har imidlertid gjort et unntak fra denne tausheten mht.

§ 3-3. Ot.prp. nr. 60 1990-1991 sier at et as-is forbehold ikke skal forrykke det som normalt følger av § 3-3. Dermed er det § 3-3 som regulerer arealsvikt tilfellene, ikke § 3-9, også der det er tatt et generelt forbehold. Problemstillingen blir om dette faktum fører til at utendørs arealsvikt heller ikke kan utgjøre et moment i vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 2. punktum. Vesentlighetsvurderingen skal være en helhetsvurdering av de aller fleste forhold rundt avtaleinnngåelsen, jf. "tilhøva elles". Dette taler for ikke å utelukke en eventuell utendørs arealsvikt fra vurderingen. Når man i tillegg ser at momenter under

§§ 3-7 og 3-8 kan komme inn i bildet, selv om de i utgangspunktet slår igjennom overfor et as-is forbehold, taler dette for at momenter under § 3-3 også bør kunne taes med i helhetsvurderingen under § 3-9. Dette fordi opplysningspliktsbestemmelsene også i utgangspunktet slår igjennom overfor § 3-9. Et annet moment, er at Høyesterett i

Bukkebo-dommen fastslo at det er tillatt å føre § 3-1 (1) som et element i vesentlighetsvurderingen. Dette er også en bestemmelse som er ment å ha et annet anvendelsesområde enn § 3-9.

Nå er det imidlertid vesentlige forskjeller mellom opplysningsbestemmelsene, § 3-1(1) og arealsvikt bestemmelsen.

I forhold til opplysningspliktsbestemmelsene, er det fremdeles § 3-9 som regulerer avtaler med as-is klausuler, selv om den henviser til §§ 3-7 og 3-8. Det er dessuten kun i tilfelle hvor et forhold ville telt med i vesentlighetsvurderingen uansett, dersom selger ikke hadde forsømt opplysningsplikten sin, som tillates ført under § 3-9 2. punktum. Dette for at ikke selger skal

tjene på sitt brudd på opplysningspliktbestemmelsene.³⁷ Disse argumenter foreligger ikke mht. § 3-3, her er det § 3-3 som regulerer mangelsvurderingen også ved generelle forbehold. Dette taler imot å la arealsvikt være et moment under § 3-2. Departementet har ment at det skulle være to ulike bestemmelser som regulerte forholdene, det vil da stride mot lovformålet å omgå dette ved å i stedet bruke utendørs arealsvikt som moment under § 3-9. Dessuten innehar § 3-3 et eget vesentlighetskriterium, hvilket trekker i samme retning. Det har for eksempel ikke § 3-1(1). At retten tillot partenes avtale ført under vesentlighetsvurderingen i Rt. 2002 side 1425, kan muligens skyldes at man i Bukkebo-dommen også hadde å gjøre med et konkret forbehold som § 3-1 (1) regulerer.

Etter dette er jeg kommet til at arealsvikt utendørs ikke kan være et moment under vesentlighetsvurderingen i § 3-9 2. punktum.

Problemstillingen blir også her om et as-is forbehold får noen reell betydning i forhold til kontrakter uten slike forbehold. Når det gjelder forbrukerkjøp hvor bestemmelsen er ufravikelig, vil ikke forbeholdet få noen betydning, her er det § 3-3 som skal regulere mangelsvurderingen uansett. Det følger imidlertid av forarbeidene at dette det er § 3-3 som skal regulere en kontraktbruddssituasjon også, utenfor forbrukerkjøp. Altså er § 3-9 tilsidesatt som mangelsvurdering ved arealsvikt. Vi ser altså her et eksempel på at det verken er en formell, eller en reell, forskjell på de situasjoner hvor det er tatt et generelt forbehold og de tilfelle hvor dette ikke er gjort.

4.2.5 Forholdet mellom generelle forbehold og tilbehørsmangler

I avhendingsloven §§ 3-4 til 3-6 finner vi reglene om hvilke tilbehør eiendommen må ha, for at der ikke skal foreligge en mangel. Bestemmelsen i § 3-4 gir den alminnelige regelen, mens §§ 3-5 og 3-6 regulerer tilbehørsmangler i forhold til spesielle typer eiendommer. Jeg vil kun behandle hovedbestemmelsen i § 3-4, da de andre bestemmelsenes særregler ikke vil være særlig relevante i forhold til denne fremstillingens formål.

Bestemmelsen om tilbehørsmangel er gjort dobbelt deklarasjonsmessig, også i forbrukerkjøp, jf. § 1-2 (2), og § 3-4 selv som sier at ”annet kan følge av avtale mellom partene”. Utgangspunktet er altså at det på området hersker full avtalefrihet, og at § 3-4 kan fravikes ved et forbehold i

³⁷ Bergsåker side 179

partenes kontrakt. Dette vil også innebære at man kan avtale at flere ting enn det tilbehørsbestemmelsen krever, skal følge med boligen. Dersom det ikke er tatt noe forbehold, vil regelen om tilbehør gjelde.

Bestemmelsen i § 3-4 sier at eiendommen i utgangspunktet har en mangel dersom det tilbehør som nevnes i regelen, ikke er å finne på eiendommen. Det er imidlertid et vilkår at tilbehøret må ha vært på eiendommen, for at fraværet av den skal utgjøre et kontraktsbrudd. Bergsåker sier i den anledning at selv om noe så elementært som en radiator ikke er å finne på eiendommen, vil dette ikke utgjøre en mangel, dersom den heller ikke befant seg der før avtaleinngåelsen.³⁸ (På tross av dette, kan man tenke seg situasjoner hvor fundamentalt tilbehør som aldri har vært å finne på eiendommen, likevel vil være en mangel. Dette var for eksempel tilfelle i dommen i LA. 1996-00028. Sannsynligvis er årsaken til dette at huset etter bl.a. § 3-2 (1) skal være beboelig).

Forarbeidene foreskriver ikke at forbeholdet skal være klart, for at § 3-4 skal anses fraveket, slik den for eksempel gjør det for forskriftsmangler. Og det er helt på det rene at tilbehørsregelen kan fravikes ved et generelt forbehold. Bergsåker sier t.o.m. at partenes avtale ikke uttrykkelig behøver å inneholde et unntak fra lovens bestemmelse. Det er tilstrekkelig at dette for eksempel har vært partenes forutsetning.³⁹ Da er det slik vi har sett ovenfor, § 3-9 som regulerer mangelsvurderingen.

To spørsmål melder seg også i denne forbindelse med tilbehørsmanglene. Det første er om de vil være moment under vesentlighetsvurderingen etter § 3-9 2. punktum. Det andre spørsmålet reiser igjen problemstillingen om terskelen for hva som anses som en mangel etter § 3-4 heves ved bruken av et as-is forbehold, slik at det generelle forbeholdet får en reell betydning for partene.

Svaret på det første spørsmålet er utvilsomt bekreftende. Bestemmelsen i § 3-9 2. punktum har, som sagt tidligere, en svært vid ordlyd idet begrepet "tilhøva elles er benyttet". Det ville være ulogisk om rettstilstanden skulle være annerledes for tilbehørsmanglene enn for eksempel for forskriftsmanglene, og de krav man stiller til tilsvarende eiendommer.

³⁸ Bergsåker side 283

³⁹ Bergsåker side 280

Vesentlighetsvurderingen skal nettopp være en helhetsvurdering, og mangelsbestemmelsene i kap. 3, er viktige rettesnorer for hvilken befatning eiendommen bør befinne seg i.

Formålet med denne fremstillingen er bl.a. å se hen til om bruken av as-is klausuler fører til noen reell forskjell mht. mangelsvurderingen ved et boligkjøp. For forskriftsmanglers del vil det være en reell forskjell, ikke bare en formell. Dersom avtalen ikke inneholder et generelt forbehold, og mangelsvurderingen går etter § 3-1 (1), vil manglende tilbehør automatisk utgjøre en mangel. Ved bruk av generelle forbehold, vil tilbehørsavviket være ett av mange momenter i en vesentlighetsvurdering etter § 3-9 2. punktum. Dette kan føre til at avvik fra bestemmelsen i § 3-4 er å anse som en mangel, men dette skjer ikke automatisk, man må gjennom en vesentlighetsvurdering først, noe som fører til at kjøper kan stilles svakere enn han ville gjort ved avtaler uten et generelt forbehold.

4.3 Forholdet mellom vesentlighetskravet og kjøpers undersøkelsesplikt

Avhendingslovens § 3-10 regulerer kjøpers undersøkelsesplikt, dvs. betydningen av at kjøper kjente eller burde ha kjent til feil og mangler ved eiendommen. Dersom kjøper ikke oppfyller kravene i denne bestemmelsen, vil det kunne føre til at han mister mangelsinnsigelser han ellers ville hatt. Som regel dreier det seg om feil kjøper burde ha oppdaget ved en forundersøkelse av boligen. Kunnskapskravet er etter bestemmelsen den samme som etter opplysningspliktsbestemmelsene, hvor det avgjørende ikke er hva kjøper visste, men hva han hadde rimelig grunn til å være uvitende om. Har han en slik grunn, kan han påberope seg kontraktsbrudd..

Bestemmelsen er preseptorisk i forbrukerkjøp, jf. § 1-2 (2), hvilket er meget interessant i forhold til om man i disse kjøpene kan utvide undersøkelsesplikten for eksempel ved bruk av en as-is klausul. Se fremstilling senere.

Et annet interessant spørsmål er forholdet mellom § 3-9 og 3-10. Vi har allerede sett ovenfor at forholdet mellom opplysningspliktsbestemmelsene og kjøpers undersøkelsesplikt, er at de trekker på hverandre. Etter siste ledd i § 3-10 går manglende opplysningsplikt foran manglende undersøkelsesplikt.

Dersom avtalen ikke inneholder et generelt forbehold, har spørsmålet om hva som kan ventes av en eiendomskjøper etter § 3-10 bl.a. blitt besvart med at der kreves en "vanlig aktsom

besiktigelse”.⁴⁰ Som regel innebærer ikke dette mer enn at kreditor skal foreta en relativt overfladisk besiktigelse, for å danne seg et helhetsinntrykk av eiendommen. Forarbeidene bygger også på det syn at det ikke kan kreves mye av en kjøper mht. forundersøkelsen. I bemerkningen til § 3-10, sier departementet at det i alle fall på et tidlig stadium ikke kan kreves svært meget av kreditor. Videre uttaler departementet at selv ikke etter særlig oppfordring, kan kjøper bli forpliktet til mer spesielle, kostbare, nøye eller kompliserte undersøkelser. Det understrekes imidlertid at plikten bygger på en individuell vurdering, hvor for eksempel profesjonelle aktører pålegges en strengere plikt enn de mer uerfarne kjøpere. Se også LB. 2001-0365, hvor en advokat og eiendomsmegler ble pålagt en strengere undersøkelsesplikt enn muligens normalt, pga. sin profesjonalitet.

Et spørsmål som er debattert grundig, både i forarbeidene og i juridisk teori, er hvorvidt kjøper plikter å la seg bistå av sakkyndige ved forundersøkelsen. Forarbeidene sier at dette som utgangspunkt ikke kan kreves, i alle fall ikke i forbrukerkjøp. Det samme følger av dommen i Rt. 1934 side 92. Hagstrøm på sin side er ikke like kategorisk i sine uttalelser. Han er av den oppfatning at det må være rom for unntak fra dette, dersom man ved besiktigelsen oppdager alarmerende funn.

Men hvorledes er § 3-10's forhold til vesentlighetsvurderingen i § 3-9 2. punktum? Utvides undersøkelsesplikten ved as-is klausuler? Lovteksten sier ingenting om dette i motsetning til § 3-9 1. punktum som regulerer forholdet til selgers opplysningsplikter. Forarbeidene løser heller ikke spørsmålet om § 3-10's betydning for § 3-9, og as-is klausulene generelt.

Bukkebo-dommen derimot, tar for seg nettopp denne problemstillingen. Retten var bl.a. inne på om § 3-10 (2) kunne være korrekt rettsgrunnlag for å løse hele konflikten mellom partene, men kom frem til at § 3-9 2. punktum var den rette bestemmelsen, fordi § 3-9 2. punktums vide ordlyd også tok opp i seg hva som måtte følge av § 3-10 (2). Som tidligere nevnt, er kjøpers berettigede forventning utgangspunktet for den skjønnsmessig helhetsvurderingen en skal foreta under § 3-9 2. punktum. Retten var av den oppfatning at hovedspørsmålet Rt. 2002 side 1425 var: ”Hva man ut i fra de konkrete omstendigheter hadde grunn til å regne med om boligens tilstand... Hvilke forventninger kjøper rettmessig kunne ha til en eiendom, ved alarmerende opplysninger gitt av selger, måtte fastlegges ut ifra hva han ville ha kjent til

⁴⁰ Hagstrøm *Obligasjonsrett*. Side 333

dersom han hadde foretatt de nødvendige undersøkelser.” At kjøper ikke tok særlig notis av opplysninger gitt i bl.a. salgsoppgave, ble fremhevet som det sentrale forhold i vesentlighetsvurderingen. Med andre ord, undersøkelsesplikten et svært sentralt moment i vurderingen etter § 3-9 2. punktum. Dommen viser at det er uten betydning om kjøper faktisk hadde tid eller anledning til å foreta undersøkelsene. Om han var å bebreide, legges heller ingen vekt på.

Hva blir så rettsvirkningen av at Høyesterett har ansett § 3-10 (2) som et vesenlig moment under § 3-9 2. punktum? Fører dette til en utvidet undersøkelsesplikt for kjøper, i de tilfelle hvor det foreligger en as-is klausul, slik at det får en reell betydning for kjøperens rettsstilling om et generelt forbehold er tatt eller ei?

For det første godtar retten i Bukkebo-dommen at selger pålegger ensidig kjøper å innhente sakkyndig bistand i form av en tilstandsrapport. Dette strider som vi ser mot dommen i Rt. 1934 side 92, og det meste av den juridiske teorien mht. plikten til å benytte profesjonell bistand. Det strider også mot uttalelsene i forarbeidene i alle fall i forhold til forbrukerkjøp slik det var snakk om i dommen i Rt. 2002 side 1425. Dersom vi derimot legger Hagstrøms syn til grunn, er det ikke like åpenbart at Bukkebo-dommen fører til en utvidet undersøkelsesplikt i as-is tilfellene.

For det andre, er Ristvedt av den oppfatning at undersøkelsesplikten blir utvidet i Bukkebo-dommen ved at § 3-10 blir lagt inn under § 3-9 2. punktum, bl.a. fordi førstnevnte bestemmelse forutsetter at kjøper er å bebreide for at han ikke foretok de nødvendige undersøkelsene. Dette er som sagt ikke en forutsetning etter § 3-9 2. punktum.⁴¹ I tillegg tillar ikke retten noen betydning det faktum at undersøkelsen selger påla kjøper, forutsatte inngrep i byggverket. Det var nemlig i Bukkebo-dommen nødvendig å fjerne fotlisten eller noen av de skadede veggplatene, for å finne skadeårsaken og omfanget. Tradisjonelt forutsetter ikke tilstandsrapporter at slike inngrep foretas.

Atter et faktum som tyder på utvidet undersøkelsesplikt ved as-is kjøp, er at den synes å bli utløst på et tidligere tidspunkt enn ellers, allerede ved salgsoppgaven og lignende dersom det da foreligger grunn til bekymring hos kjøperen.⁴²

⁴¹ Ristvedt side 92

⁴² Ristvedt side 91

Også ellers i juridisk teori, finner man hos mange forfattere den oppfatning at as-is klausuler fører til en utvidet undersøkelsesplikt for kjøper: Løken mener at undersøkelsesplikten utvides ved bruk av as-is klausuler i det hun sier "... etter en naturlig språklig forståelse, vil en as-is klausul oppfordre kjøperen til å se seg særlig godt for".⁴³ Krüger sier at "... as-is klausulenes funksjon er at de gir viktig informasjon til kjøper". Det er sikker rett at all informasjon kjøper får, påvirker kravet til aktsom opptreden. Altså kan også Krügers utsagn taes til inntekt for at as-is klausulene fører til en reell forskjell i rettstilstanden, idet undersøkelsesplikten utvides. Jeg er tilbøyelig til å være enig med Ristvedt i hans utsagn om at Bukkebo-dommen utvider kjøpers undersøkelsesplikt i as-is tilfellene. Dette på bakgrunn av at dommen i

Rt. 2002 side 1425 legger risikoen på kjøper, dersom han ikke på et meget tidlig tidspunkt foretar de undersøkelser selger pålegger ham. Det er imidlertid viktig å huske på at Bukkebo-dommen gjelder en konkret sak, og at retten sannsynligvis mente at kjøper hadde fått så mange signaler om at der kunne foreligge graverende feil, at risikoplasseringen skyldes rene passivitetsbetraktninger. Dette er imidlertid kun spekulasjoner fra min side. Det som i alle fall er sikkert er at så lenge vi kun har én høyesterettsdom angående tolkningen av § 3-9, vil rettens utsagn her bli tillagt stor vekt, inntil Høyesterett får en ny sak angående bestemmelsen. Dette vil med andre ord si at kjøper i as-is tilfelle kan miste sin rett til å gjøre kontraktsbruddsanksjoner gjeldende, fordi risikoen plasseres hos ham, i tilfelle hvor han kanskje ikke ville ha blitt tillagt den ved avtaler uten et generelt forbehold.

Under behandlingen av undersøkelsesplikten, så vi at man i teorien mente at en utvidet undersøkelsesplikt ville medføre en svekket opplysningsplikt. Men dette kan etter mitt syn ikke være hovedregelen, heller ikke ved as-is kjøp. Som vi har sett ovenfor, gjelder §§ 3-8 og 3-7 uendret ved as-is kjøp, dette bl.a. pga. de avtalerettslige regler vi har på området. Bukkebo-dommens mulige utvidelse av undersøkelsesplikten kan ikke sies å ha endret på dette. Synspunktet kan illustreres med at Høyesterett ved et as-is kjøp bare noen måneder før Bukkebo-dommen, avsa en dom i Rt.2002 side 696, (NEBB-dommen), hvor de mente opplysningsplikten etter § 3-7 var brutt. Det er ingenting i denne dommen som tyder på at opplysningsplikten generelt anses svekket ved as-is kjøp.

⁴³ Løken side 73

Noe som forundrer meg at ingen av rettskildefaktorene behandler, er det faktum at § 3-10 er preseptorisk i forbrukerkjøp. Vil ikke det faktum at bestemmelsen ikke kan fravikes ved forbehold, bety at den heller ikke kan utvides ved bruk av as-is klausuler? Muligens anses § 3-10 som en rettslig standard som dermed kan utvides ved for eksempel at kutymen på området endres?

4.4 Vesentlighetsvurderingens kvantitative momenter

4.4.1 Innledning

Under drøftelsen av de kvalitative momenter § 3-9 2. punktum legger opp til, har det tidvis vært umulig å ikke berøre de kvantitative momenter. Det ligger jo i selve ordet "vesentlig" at det på en eller annen måte dreier seg om mengde eller størrelse på et avvik. Og da først og fremst størrelsen på avviket fra de reglene kapittel 3 stiller opp. Dessuten sier lovteksten selv i 2. punktum at "pris" er et viktig moment i vurderingen om en mangel kan anses vesentlig. Altså legger lovteksten også opp til en kvantitativ drøftelse under § 3-9 2. punktum. De kvalitative momenter må sees i sammenheng med de kvantitative. Det dreier seg for eksempel om hvor stort avvik fra disse momentene som utgjør et "vesentlig avvik".

Kan prisen for eksempel påvirke hvor stort et avvik fra mangelsbestemmelsene må være, for at avviket skal anses vesentlig etter § 3-9 2. punktum?

I fremstillingen nedenfor vil dette sentrale momentet bli belyst nærmere.

4.4.2 Kjøpesummen

Det første og eneste kvantitative moment som er nevnt i lovteksten, i vurderingen om en eiendom er i "vesentlig dårligere stand enn kjøper hadde grunn til å regne med", er prisen. Dette momentet er for øvrig også det eneste som er spesifisert i § 3-9 2. punktum.

("tilhøva elles" er som tidligere sagt så vidt formulert, at det ikke utgjør ett spesifisert element.)

Det er et alminnelig kontraktsrettslig prinsipp at jo høyere pris, desto høyere kvalitet kan forventes av kjøpsobjektet. Kjøpesummen fungerer altså normalt som en

kvalitetsindikator.⁴⁴ Dommen i RG. 1995 side 738, sier at høy pris indikerer en høy standard på eiendommen. Men vi har også eksempler på rettspraksis som ikke tar hensyn til dette, se for eksempel dommen i LF.1998-00519.

Kjøpesummen er den pris selger og kjøper er blitt enige om at eiendommen skal overdras til. (Debatten omkring om det for eksempel er prisantydningen som bør legges til grunn, pga. boligkjøps karakter av auksjonskjøp, lar jeg ligge i det den ikke vil være relevant i forhold til oppgavens problemstillinger). Det som er skrevet ovenfor skulle tilsi at vesentlighetsterskelen synker etter hvert som prisen stiger.⁴⁵ Altså at avvik fra de kvalitative momenter ikke behøver å være så markert ved lav pris som ellers.

Vi så allerede under drøftelsen om hva som følger av § 3-2 (1), at en lav pris kan være med på å viske ut ulikheten i terskelen for hva som utgjør mangel i forholdet mellom kontrakter med og uten generelle forbehold, akkurat som eiendommens alder kan være det. Dette bør også være tilfelle mht. hvor stort et avvik fra for eksempel § 3-2 (1) og (2) må være, for å bli ansett som tilstrekkelig, til at as-is klausulen blir tolket innskrenkende av § 3-9 2. punktum. I disse tilfeller kan ikke kjøpers forventinger til eiendommen være særlig annerledes enn ved as-is kjøp. I tråd med dette syn, er Andersens oppfatning av at vurderingen i forhold til tilsvarende objekter er relevant i en slik sammenheng. Dersom det er for eksempel er betalt underpris, bør kjøpers forventinger være små, og viseversa.⁴⁶

Sagt med andre ord, prisen på eiendommen vil kunne være med på å påvirke hvilken størrelse avviket fra de kvantitative momenter må ha, for å regnes som vesentlig.

4.4.3 Utbedringskostnadene

I forhold til vesentlighetsvurderingen ser man som oftest at man ikke vurderer kjøpesummen isolert. Et viktig kvalitativt moment under vesentlighetsvurderingen i § 3-9 2. punktum er størrelsen på utbedringskostnadene. Et forhold som det isolert sett er enkelt, og lite kostnadskrevende å utbedre, vil ikke være vesentlig.⁴⁷ Se også fremstillingen nedenfor.

⁴⁴ Andersen side 44

⁴⁵ Andersen side 47

⁴⁶ Andersen side 48

⁴⁷ Andersen side 57

Det er først og fremst i forhold til bestemmelsene §§ 3-1 (1), 3-2 (1) og (2) hvor utbedringskostnadene vil være momenter i vesentlighetsvurderingen. Det vil dreie seg om hvor mye det vil koste å få boligen i den stand som etter disse bestemmelsene vil være kontraktmessige. For innendørs arealsvikt eller tilbehørsmangler vil det som regel dreie seg om den fysiske størrelsen på avviket, eller antall gjenstander som mangler, og ikke pris ol. Se fremstilling nedenfor.

I rettspraksis har det utviklet seg en lære som går under navnet "prosentlæren". Dette vil si at man har sett på reparasjonskostnadenes forhold til kjøpesummen som avgjørende når man avgjør om et avvik er vesentlig. Eksempler fra rettspraksis som viser vekten det har blitt lagt på prosentlæren, er bl.a. RG.1996 side 435, hvor Frostating lagmannsrett mente at reparasjonskostnader på 2,7 % av kjøpesummen var for lite til at vilkåret "i ringare stand" var oppfylt. Denne dommen viser at det som er beskrevet ovenfor mht. at en høy pris senker kravet til størrelsen på et avvik, gjelder med visse modifikasjoner. I dommen ovenfor var prisen relativt høy, og når retten legger slik avgjørende vekt på prosentlæren, betyr dette i praksis at en høy pris vil føre til at de nødvendige utbedringskostnadene vil utgjøre en lavere prosent av kjøpesummen enn ved en lavere pris.

I RG.1998 side 155 kom retten til at 10 % var tilstrekkelig til at vesentlighetskravet var oppfylt. Men vi finner også eksempler på at bildet er mer nyansert. Dommen i

LB. 1999-01911, sier at ikke kun prosentlæren er av betydning, men også forholdende ellers. I RG.2001 side 56 uttales det på side 63 at "reparasjonsutgiftene ikke er avgjørende, men om eiendommens fysiske tilstand er dårligere enn forventet". Nå vil imidlertid kjøpers forventning bli påvirket av prisen, men dommen viser i alle fall at det ikke kun er utbedringskostnadenes forhold til pris som er avgjørende for vesentlighetsvurderingen.

I LB. Side 2001-03259 sies det at "prosentlæren er støtteargumenter for det retten ellers var kommet til". Dette er også i tråd med det som følger av Bukkebo-dommen. Her påpeker førstvoterende innledningsvis at utbedringskostnader på ca 6-7 % av kjøpesummen, var tilstrekkelig rent kvantitativt, for å anse mangelen som vesentlig. Likevel ble dette ikke utslagsgivende for dommens resultat idet man måtte se hen til de konkrete forhold ved avtaleinngåelsen, og særlig da kjøpers berettigede forventninger. Vi ser her hvor sentral kjøpers undersøkelsesplikt var i Rt. 2002 side 1425.

Vi kan konkludere med at rettspraksis, og da Bukkebo-dommen inkludert, at de kvantitative betraktning som prosentlæren gir, er egnet til å gi veiledning for vesenlighetsvurderingen under § 3-9 2. punktum. Men den vil ikke være avgjørende. Med andre ord er det ikke kun størrelsen på et eventuelt avvik som gjør at en mangel er ”vesentlig”.

Bergsåker er av den oppfatning at en utbedringskostnad på ca 4 % av kjøpesummen, kvantitativt er, tilstrekkelig til at vesenlighetskriteriet kan være oppfylt. Konkrete omstendigheter ved avtaleinngåelsen kan imidlertid fravike dette utgangspunkt. Dette er i tråd med Bukkebo-dommen. Dersom utbedringskostnadene er lavere enn dette, vil man i utgangspunktet ikke ha å gjøre med en vesentlig mangel, men for eksempel en meget høy kjøpesum eller mangelens art, kan endre dette utgangspunkt.⁴⁸

4.4.4 Andre kvalitative forhold

Ikke alle kvalitative forhold ved en avtale inngåelse lar seg angi i pris eller utbedringskostnader. I § 3-9 2. punktums ordlyd ”vesentlig” ligger det et signal om at man også skal vurdere størrelsen på et avvik uten å kun vurdere pris m.v.

For innendørs arealsvik er det i utgangspunktet § 3-8 som regulerer mangelsvurderingen, men som vi har sett ovenfor, kan momenter under svikten også være et element under

§ 3-9 2. punktum, akkurat slike momenter under § 3-8 er det. I de tilfelle hvor opplysningssvikbestemmelsen avvik er momenter under vesenlighetsvurderingen, vil det ikke dreie seg om pris som målestokk. Her vil som sagt den fysiske størrelsen på avviket fra de aktuelle bestemmelser, være det relevante. Hvor mye mindre må for eksempel innendørs arealet være før det er vesentlig i § 3-9 2. punktums forstand?

Når det gjelder tilbehørsmanglene vil det som regel dreie seg om hvor mye som mangler i boligen. Dersom store deler av det tilbehør loven foreskriver ikke finnes, vil mangelen lettere bli ansett som vesentlig. Likevel vil pris her spille en viss betydning. Verdifulle gjenstander som for eksempel er fjernet, vil få samme effekt som om mange gjenstander er borte.

⁴⁸ Bergsåker side 178

4.5 Betyr "vesentlig" det samme etter alle bestemmelsene i avhendingsloven?

4.5.1 Innledning

Ordet "Vesentlig" forekommer flere steder i avhendingslovens bestemmelser. Når én og samme lov benytter seg av samme begrep, skulle man logisk tenke seg at betydningen var den samme. Likså så med hvilke momenter som inngår i vurderingen. Loven selv har ingen legaldefinisjon, eller annet som kunne ha løst problemstillingen.

De mest aktuelle bestemmelsene i forhold til § 3-9 2. punktum er vesentlighetskravene i § 3-3 og 4-13.

Nedenfor vil jeg behandle vesentlighetskriteriene i disse paragrafene med henblikk på å se om det virkelig er slik at de har samme betydning. For § 3-3 vil jeg konsentrere meg om utendørs arealsvikt, idet innendørs svikt ikke reguleres av bestemmelsen, men av § 3-8.

4.5.2 Er vesentlighetsvurderingen i § 3-3 den samme som i § 3-9 2. punktum?

Bestemmelsen i § 3-3 opererer som sagt selv med et vesentlighetskriterium, for å statuere en mangel. Hvilket kan tyde på at det ikke får noen reell betydning, om man fører momenter fra § 3-3 under vesentlighetsvurderingen i § 3-9 2. punktum, eller benytter bestemmelsen i § 3-3. Dette beror som sagt på om "vesentlig" betyr det samme i begge bestemmelsene.

Andersen legger til grunn at vesentlighetsvurderingen og dens momenter i §§ 3-3 og 3-9 for det meste er like.⁴⁹ Men han sier videre at betydningen avviket har for kjøper, skal komme inn som et moment under § 3-3. Dette er et subjektivt forhold som ikke er relevant etter § 3-9 2. punktum. Andersen sier imidlertid selvmotsigende i neste setning at § 3-3 er en objektiv vurdering.⁵⁰ I så fall er vurderingen lik den man foretar under § 3-9 2. punktum.

Lagmannsrettsdommen i LG. 1996-01430 sier at det etter § 3-3 skal foretas en vurdering av hele avtalesituasjonen, avvikets størrelse, kjøpers undersøkelsesplikt m.v. Dette kan tale for at vurderingene etter §§ 3-9 og 3-3 er temmelig like, jf. bl.a. Rt.2002 side 1425. Dette også selv om § 3-3 ikke har en ordlyd som henviser til "tilhøva elles".

⁴⁹ Andersen side 34

⁵⁰ Andersen side 36

Kjøpers undersøkelsesplikt er altså relevant under begge vurderinger.⁵¹ Forskjellen i ordlyden mht. ”tilhøva elles”, kan imidlertid få betydning for hvilke og hvor mange momenter som tillates ført under § 3-3 i forhold til § 3-9 2. punktum. Ordlyden taler for at § 3-3 tillater færre elementer ført enn § 3-9 2. punktum. Det er også Andersens oppfatning at man skal være forsiktig etter § 3-3 med å trekke inn for mange forhold.⁵² Mens man bl.a. i Rt.2002 side 1425 sier at ordlyden er så vid at svært mange momenter vil være relevante i vurderingen.

Dessuten tyder rettspraksis på at de kvantitative vilkår er ulike. RG.1972 side 239 taler om et kvalitativt avvik på 57 %, mens Løken mener det ligger et sted mellom 25-57 %. Hun tilføyer imidlertid at rettspraksis spriker for mye på området til at det er å anse som en fast grense.⁵³ Blakstvedt finner, etter en gjennomgang av praksis, at det for utendørsareal må foreligge en svikt på ca. 40 %, for at svikten skal være vesenlig.⁵⁴ Uansett tyder det på at det skal mer til kvantitativt sett, for å statuere en mangel etter § 3-3 enn etter

§ 3-9 2. punktum. Regelen i § 3-3 dreier seg i utgangspunktet om mengde/størrelse på areal, det er derfor naturlig at de kvantitative betraktninger vil ha en større plass her enn etter § 3-9 2. punktum. Dette er også Andersens oppfatning, idet han sier følgende:” ... det fremkommer relativt klart av ordlyden i § 3-3 at det viktigste momentet i vesentlighetsvurderingen er arealsvikets størrelse, ettersom klanderverdig oppførsel er oppstilt som eget vurderingstema”.⁵⁵

Men også i RG. 1972 Side 239 ser man hen til avtalesituasjonen for å avgjøre om det foreligger momenter ved den som gjør at kvantitetsbetraktninger ikke blir utslagsgivende. Dette trekker i retning av at vurderingene ikke er så forskjellige likevel. Det er jo nettopp slik førstvoterende i Bukkebo-dommen starten sin drøftelse, ved å ta utgangspunkt i kvantitative betraktninger, for så å se hen til andre momenter ved avtalesituasjonen.

Totalinntrykket, på tross av alle likhetstrekk, er at det skal mer til for at det foreligger en mangel etter § 3-3, og at færre momenter tillates vurdert sammenlignet med § 3-9 2. punktum.

⁵¹ Løken side 136

⁵² Andersen side 36

⁵³ Løken side 138

⁵⁴ Blakstvedt side 38-44

⁵⁵ Andersen side 36

Noe som bl.a. synes å følge av bestemmelsens art. Som vi ser, betyr altså ikke ”vesentlig” det samme i § 3-3 som i § 3-9 2. punktum.

4.5.3 Er vesentlighetsvurderingen den samme etter § 3-9 som etter § 4-13?

Den strengeste reaksjonen på et kontraktsbrudd, sett fra debtors side, er heving av hele kontrakten. For salg av fast eiendom reguleres dette av § 4-13. Vilkåret er at der foreligger et vesentlig kontraktsbrudd. Årsaken til at det skal mer til for å heve kontrakten enn for eksempel for å innrømmes prisavslag etter § 3-12, er at denne sanksjonen vil ramme debitor hardt, som kanskje har innrettet seg etter salget. I tillegg er hovedregelen i norsk rett at avtaler skal holdes. Dette er i tråd med det som gjelder i kontraktsretten for øvrig. Det skal noe ekstra til, før man skal kunne heve. Som vi har sett ovenfor benytter § 3-9 2. punktum seg også av ordet ”vesentlig”. Problemstillingen er som skissert ovenfor om innholdet av bestemmelsene er det samme, og om tilsvarende momenter skal vurderes etter begge bestemmelser.

Om det skulle vise seg at vurderingene er identiske, vil det føre til en automatisk hevingsrett, hvis feilen er vesentlig etter § 3-9. Dette vil være i strid med kontraktsretten for øvrig. Bestemmelsen i § 3-9 dreier seg kun om å statuere en mangel. Normalt innenfor kontraktsretten, er dette bare første trinn i hevingsvurderingen.

Dersom det skulle vise seg at bestemmelsene har ulikt innhold, vil det bety at man må foreta den totrinnsvurderingen som er vanlig på området ved konstatering av heving.

Forholdet mellom bestemmelsene er ikke berørt, verken i lovteksten eller i forarbeider. Så vidt meg bekjent, foreligger det heller ikke rettspraksis angående spørsmålet.

Vurderingen etter § 3-9 2. punktum er, som tidligere nevnt, en helhetlig skjønnsmessig vurdering. Utgangspunktet er kjøpers berettigede forventninger til eiendommen, hvor kvantitative og kvalitative momenter er en del av vurderingen. Vurderingen etter

§ 3-9 2. punktum, er i det vesentlige en vurdering av objektive forhold ved avtalen. (Visse subjektive innslag foreligger idet man også kan føre momenter som eller ville hørt til under § 3-7). I Rt. 2002 side 1425 for eksempel la ikke Høyesterett noen vekt på om kjøper var å bebreide for de manglende undersøkelsene. Dette kommer av at § 3-9 2. punktum ikke har noen funksjon mht. valg av kontraktbruddssanksjon, og dermed er den subjektive alvorlighetsgraden på kontraktsbruddet irrelevant. Dette i motsetning til § 4-13 som nettopp dreier seg om hvilken sanksjon som er den adekvate.

I kontraktsretten for øvrig, er det på det rene at man først vurderer mangelens objektive karakter, slik som vi har sett ovenfor for § 3-9 2. ledd, for så deretter å trekke inn tilleggsmomenter som eventuelt kan tale for eller imot heving.

Ordlyden i § 4-13 er den samme som for § 3-9 2. punktum, den sier ingenting om at subjektive forhold hos kjøper og selger skal vurderes. Rettspraksis har imidlertid vist at hevingsvurderingen er en langt mer sammensatt vurdering enn vesentlighetsvurderingen i § 3-9. Kun kvalitative og kvantitative vurderinger vil lett kunne bli for snevert i en hevingsvurdering. Dette skyldes som sagt § 4-13's funksjon i avhendingsloven. Den kommer først inn etter at en mangel er konstatert, altså et trinn over § 3-9 2. punktum. Løken illustrerer dette med at for eksempel et avvik fra rett oppfyllelse i seg selv kan være av beskjeden art, men selger har opptrådt særdeles svikaktig. Da kan det være på plass med heving som sanksjon mot denne uønskede opptreden.⁵⁶ En liten feil ville ikke ført til at mangelen ble ansett som vesentlig etter § 3-9 2. punktum, selv om selger hadde opptrådt aldri så svikefullt.

Man har altså et behov for en mer nyansert vurdering etter § 4-13 enn etter § 3-9. Både juridisk teori og forarbeidene til avhendingsloven sier at svik, så godt som alltid, vil være et moment etter § 4-13. Det blir også trukket paralleller til avtalelovens svikbestemmelse i § 30. Løken sier at det er liten grunn til å nekte heving når avtalen alternativt vil være ugyldig etter avtalelovens regler.⁵⁷ (Se parallellen mellom opplysningsbestemmelsene og avtaleloven § 33 og 36). Bergsåker er enig med Løken, og sier at svik er et selvstendig grunnlag for heving.⁵⁸ Noe som ikke ville vært tilfelle etter § 3-9 2. punktum, dette momentet ville ikke engang vært relevant i vesentlighetsvurderingen.

I Rt.1998 side 1510 gir et godt bilde av forskjellen mellom § 4-13 og 3-9 2. punktum. Den starter med å si at vi står overfor en helhetsvurdering. Altså her finner vi likheten mellom bestemmelsene. Deretter sier dommen at vi først må se hen til de objektive momenter, både de kvalitative og de kvantitative, (dvs. de samme som ved § 3-9, min utheving). Altså starter man i avviket fra rett oppfyllelse. Deretter går man over til å vurdere tilleggsmomentene, blant dem

⁵⁶ Løken side 98

⁵⁷ Løken side 103

⁵⁸ Bergsåker side 331

de subjektive. Ikke bare skyldbetraktninger hører med under hevingsvurderingen, men også virkningen sanksjonen har for både debitor og kreditor, noe som ville være irrelevant under § 3-9. Betydningen en eventuell heving har for de involverte, må avgjøres individuelt, se Rt. 1998 side 1980. Andre momenter § 4-13 vil vurdere, i motsetning til § 3-9, er bl.a. om restitusjonsoppgjøret vil være vrient, og hvor lang tid har gått siden avtaleinngåelse. I Rt. 1998 side 1510 sier retten at man også må legge vekt på om debitor kan hjelpes på alternativt vis, for eksempel ved prisavslag.

Innholdet av §§ 3-9 2. punktum og 4-13 er med andre ord langt fra det samme. Dette altså til tross for at begge benytter kriteriet ”vesentlig”, for at deres rettsvirkning skal inntreffe. Årsaken til at flere og andre tilleggsmomenter må vurderes under § 4-13, grunnes i at bestemmelsene har ulikt virkeområde. Den ene bestemmelsen skal kun vurdere om der foreligger en mangel, mens den andre skal vurdere følgen av mangelen. Med andre ord har vi å gjøre med to ulike trinn i kontraktsbruddsvurderingen: § 4-13 kommer først på banen etter at § 3-9 2. punktum har fastslått at der foreligger en mangel. Hvilket gjenspeiler seg i de momenter som er relevante. Utgangspunktet vil imidlertid være det samme: størrelsen på avviket fra en normalsituasjon. Dette i tråd med kontraktsretten for øvrig, hvor hevingsvurderingen nettopp tar utgangspunkt i at kontrakten ikke har blitt rett oppfylt. Men deretter skiller de to bestemmelsene lag. Vi ser at bestemmelsene opererer med ulike terskler fullt i tråd med obligasjonsrettslige prinsipper. Dette endrer seg altså ikke selv om partene har benyttet seg av generelle forbehold.

Vi ser at man, ved as-is forbehold, kan tale om et dobbelt vesentlighetskrav før heving kan innrømmes. Dette uttales også i LG. 1996-01430, som egentlig regulerer forholdet mellom 3-3 og 4-13, men som kan anvendes analogisk i dette tilfellet, idet problemstillingen fundamentalt sett er av samme karakter.⁵⁹

Når man ser hen til de 3 bestemmelser: 3-3, 3-9 2. punktum og 4-13, og hvor ulike vurderingene er, kan man stille seg spørsmålet om det er pedagogisk lurt å benytte samme uttrykk i samme lov når de langt fra betyr det samme.

⁵⁹ Andersen side 34

5 Oppsummering

Formålet med denne oppgaven var å finne ut betydningen generelle forbehold får, for rettsvirkningene mellom partene, ved salg av fast eiendom.

Av fremstillingen ovenfor fremgår at selger på langt nær blir fri for ethvert mangelsansvar knyttet til eiendommens beskaffenhet ved å innta en as-is klausul i avtalen, hvilket følger av at det ved bruken av generelle forbehold, er avhendingsloven § 3-9 som regulerer mangelsvurderingen. Dersom man etter en tolkning av as-is klausulen, kommer til at det er denne bestemmelsen som regulerer forholdet, vil den i tre tilfelle innskrenke as-is forbeholdet, og konstantere kontraktsbrudd på tross av partenes ønske om å avtale seg bort fra lovens risikoplassering. Disse tre situasjoner er: tilfelle hvor opplysningsbestemmelsene i §§ 3-7 og 3-8 er brutt, eller mangelen ellers anses som vesentlig.

Når det gjelder opplysningspliktsbestemmelsene, gjelder de uinnskrenket, uten unntak, på tross av as-is forbeholdet, og det vil dermed i utgangspunktet ikke medføre noen reell betydning at der er tatt et generelt forbehold. Det er også temmelig klart at et generelt forbehold ikke utvider opplysningsplikten. Men dersom ikke vilkårene for deres anvendelse er tilstede, vil momenter under bestemmelsene, kunne føres inn under § 3-9 2. punktums vesentlighetsvurdering. Dette vil i noen tilfelle føre til at forbeholdet får en reell betydning for mangelsvurderingen også mht. §§ 3-7 og 3-8.

Når det gjelder vesentlighetsvurderingen i 2. punktum, består den av både kvalitative og kvantitative momenter, i tillegg til kjøpers opplysningsplikt. De kvalitative momenter vil i det vesentlige være de andre mangelsbestemmelsene i kapittel 3. Dette vil være de samme bestemmelser som ønskes fraveket ved et generelt forbehold. Innendørs arealsvikt reguleres av § 3-8 og vil således kunne være et element i vesentlighetsvurderingen. Utendørsarealsvikt derimot, kan ikke fravikes ved as-is forbehold, og ei heller benyttes som moment under vesentlighetsvurderingen. Her ser vi at et forbehold ikke vil få noen reell betydning for rettsvirkningene mellom partene.

Terskelen på hva som utgjør en mangel i avhendingslovens forstand, vil kunne heves ved bruken av generelle forbehold. Bortsett fra altså for §§ 3-3, 3-7 og 3-8. Dette fordi man etter § 3-9 2. punktum må gjennom en vesentlighetsvurdering, før man kan konstantere om det foreligger en mangel. Dersom det konkrete forhold ikke anses vesentlig, foreligger der ikke kontraktsbrudd. Dette til forskjell fra avtaler uten forbehold, hvor avvik fra bestemmelsene automatisk utgjør en mangel. Vi ser at man ved å benytte generelle forbehold kan få en reell forskjell mht. mangelsvurderingen. Men forskjellen er nok mindre enn den formelle forskjellen loven og forarbeidene legger opp til. Dette skyldes bl.a. kjøpenes egenart. Det dreier seg om bruktkjøp av spesialtyper.

Når det gjelder kjøpers opplysningsplikt etter § 3-10 synes den å kunne bli utvidet ved bruken av as-is klausuler. Dette både fordi kjøper da har fått et varsel om å være på vakt, men også fordi Høyesterett i Bukkebo-dommen synes å pålegge undersøkelsesplikten på et langt tidligere stadium, enn dersom man ikke hadde as-is klausul.

Dommen taler også for at as-is klausuler krever bruk av sakkyndig bistand i langt større utstrekning enn ved avtaler uten forbehold, og at de fører til at det i visse tilfelle også kreves inngrep i byggverket, for at undersøkelsesplikten skal anses oppfylt. Det er likevel vanskelig å anse dette for sikker rett, idet dommen, i Rt.2002 side 1425 er sterkt knyttet til faktum i saken. Selv om avhendingsloven benytter seg av begrepet "vesentlig" flere steder, betyr ordet langt fra det samme i de ulike bestemmelser, og består av ulike momenter. Klarest kommer dette til uttrykk for hevingsbestemmelsens forhold til § 3-9 2. punktum, fordi disse bestemmelsene befinner seg på ulike trinn i kontraktsbruddsvurderingen. As-is klausulene får her en reell betydning for partene idet man ved heving, må foreta en dobbelt vesentlighetsvurdering.

6 Litteraturliste

- Andersen, Harald. *Avhendingsloven § 3-9 2. punktum*. 1. utg. Oslo 2002
- Bergsåker, Trygve. *Kjøp av fast eiendom*. 4.utg. Oslo 2003
- Blakstvedt, Anders. *Arealsvikt*. Norges eiendomsmeglerforbund. Oslo 1998
- Bo, Erik. *Innføring i juss*. 1. utg. Oslo 1996
- Eckhoff, Torstein. *Rettskildelære*. 5. utgave Oslo 2000
- Hagstrøm, Viggo. *Om grenser for ansvarsfraskrivelse, særlig i næringsforhold*. I Tidsskrift for rettsvitenskap. 1996 side 421
- Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*. 1.utg. Oslo 2003
- Hov, Jo. *Avtaleskifte og ugyldighet*. 2.utg. Oslo 1998
- Keyser, Erling. *Kommentarer til Kraffts artikkel*. I Juristkontakt nr.2 2004 årg.38
- Knoph, Ragnar. *Oversikt over norsk rett*. 11 utgave. Bergen 1998
- Krafft, Siri. Et generelt as-is forbehold omfatter også forskriftsfeil. I Juristkontakt nr.1. 2004 årg. 38
- Krüger, Kai. *Norsk kjøpsrett*. 4.utg. Oslo 1999
- Lilleholt, Kåre. *Avtale om ny bustad*. 1.utg. Oslo 2001
- Løken, Henriette. *Mangler ved eiendomssalg*. 2.utgave. Oslo 1985
- Ristvedt, Per. Bukkebo-dommen, betydningen av Høyesteretts først dom vedrørende avhendingsloven § 3-9 annet punktum. I: Lov og rett. Årg. 42 (2003), side 85-93
- Rognlien, Stein. *Kommentarer til lov om avhending av fast eiendom*. 1. Utg. 1998
- Woxholth, Geir. *Avtaleinngåelse, ugyldighet og tolkning*. 1. Utg. 1997
- Woxholth, Geir. *Forutsetningslæren og avtaleloven §36*. I Jussens venner. 2000 side 109

7 Domsregister

Rt. 1912 side 92
Rt. 1922 side 308 (Kure-dommen)
Rt. 1926 side 712
Rt. 1926 side 791
Rt. 1927 side 43
Rt. 1934 side 92
Rt. 1935 side 497
Rt. 1967 side 679
Rt. 1969 side 878
Rt. 1969 side 679
Rt. 1973 side 375
Rt. 1978 side 1484
Rt. 1980 side 84
Rt. 1980 side 901
Rt. 1981 side 445 (Davanger-dommen)
Rt. 1982 side 1357
Rt. 1992 side 796 (Pepsi-cola-dommen)
Rt. 1996 side 435
Rt. 1997 side 70 (Forhistorieminne-dommen)
Rt. 1997 side 1050
Rt. 1998 side 1980
Rt. 1998 side 774 (Video-dommen)
Rt. 1998 side 1015
Rt. 1999 side 408
Rt. 2001 side 369 (Takstmann-dommen)
Rt. 2002 side 696 (NEBB-dommen)
Rt. 2002 side 1425 (Bukkebo-dommen)
Rt. 2003 side 612 (Arealsvikt-dommen)

RG. 1972 side 239
RG. 1995 side 738
RG. 1996 side 435
RG. 1998 side 155
RG. 2001 side 56
RG. 2004 side 74
RG. 2005 side 738

Upubliserte dommer:

LA. 1996-00028
LG. 1996-01430
LG. 1996-01430
LA. 1997-01626
LA. 1998-00400
LF. 1997-00816
LF. 1998-00519
LF. 1999-00062
LB. 1999-01911
LB. 1999-00120
LA. 2001-01738
LA. 2001-00653
LA. 2001-00806
LB. 2001-03065
LB. 2001-03259
LB. 2001-00955